

بحر المذهب

في فروع مذهب الإمام الشافعي

رضي الله عنه

تأليف

الشيخ الإمام أبي المحاسن

عبد الواحد بن إسماعيل الروياني

المتوفى سنة ٥٠٢ هـ

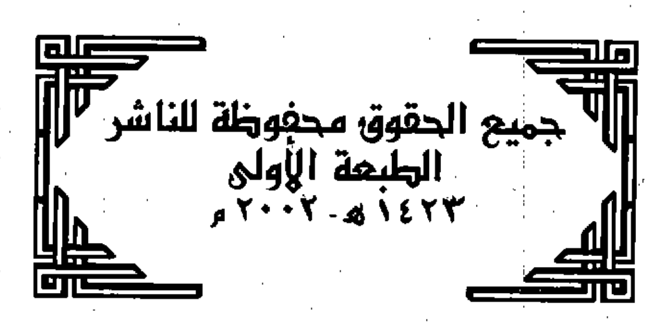
حققه وعلق عليه

أحمد عزو عناية الدمشقي

الجزء التاسع

دار إحياء التراث العربي

بيروت - لبنان



دار إحياء التراث العربي
للطباعة والنشر والتوزيع

DAR EHIA AL-TOURATH AL-ARABI
Publishing & Distributing

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف: ٢٧٢٦٥٢ - ٢٧٢٦٥٥ - ٢٧٢٧٨٢ - ٢٧٢٧٨٣ فاكس: ٨٥٠٧١٧ - ٨٥٠٦٢٣ ص.ب: ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel. 272652 - 272655 - 272782 - 272783 Fax: 850717 - 850623 P.O.Box: 7957/11

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب العارية

مسألة: قال: وكلُّ العاريةِ مضمونةٌ على المستعيرِ[١].

الفصل

وهذا كما قال: اعلم أن العارية إباحة الانتفاع بعين من الأعيان، وقيل: إنها هبة المنافع مع استيفاء ملك الرقبة، وقال الأزهري: هي مشتقة من عاد الشيء إذا ذهب وجاء وتردد، ومنه قيل للغلام الخفيف: عيَّار لتردده وخفته في بطالته وكثرة ذهابه ومجيئه فيها، والعارية اسم وجمعها عواريّ وعواري بتخفيف الياء وتشديدها والعارية عقد معونةٍ وإرفاقٍ جاء الشرع بها وندب الناس إليها ولا يجب ذلك وقد كانت واجبة في ابتداء الإسلام حتى توعد الله تعالى من منعها فقال عز وجل: ﴿**فويلٌ للمصلين**﴾ إلى قوله: ﴿**ويمنعون الماعون**﴾ [الماعون: ٤ ـ ٧] قال ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهما: «الماعون العارية»[٢]، وفسرها ابن مسعود فقال: هي عارية القدر والدلو والميزان، وروي عن عليّ وابن عمر رضي الله عنهما أنهما قالا: «الماعون الركوة»، وقال سعيد بن المسيب والزهري: «إنه المال بلسان قريش»[٣]، وقال محمد بن كعب القرظي: إنه المعروف، وقال أبو عبيد: الماعون اسم لكل منفعة وعطية، وقال محمد بن جرير الطبري: إنه المنافع. والأصل فيها الكتاب والسنَّة والإجماع. أما الكتاب فالآية التي ذكرناها وأيضاً قوله تعالى: ﴿**إلا من أمر بصدقةٍ أو معروفٍ**﴾ [النساء: ١١٤] والعارية من المعروف، وقال تعالى: ﴿**وتعاونوا على البر والتقوى**﴾ [المائدة: ٢] وهذا من البر. وأما السنَّة فما روى أبو أمامة أن النبي ﷺ قال في خطبته عام

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/١١٥).

(٢) أخرجه عن ابن عباس الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٥٨٥).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن الزهري (٢/ ٤٢١).

حجة الوداع: «العارية مؤدَّاةٌ والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارمٌ»[١] ورواه أبو هريرة: «العارية مضمونة». وروى أمية بن صفوان عن أبيه أن النبي ﷺ استعار منه يوم حنين أدراعاً فقال: أغصباً يا محمد أم عارية؟ فقال رسول الله ﷺ: «لا بل عاريةً [١/أ] مضمونةً مؤداةً»[٢]. وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «ما من صاحب إبلٍ ولا بقرٍ لم يؤدِ حقها إلا بُطح يوم القيامة بقاعٍ قرقرٍ تطأه بأظلافها وتنطحه بقرونها كلما نفذت أخراها عادت أولاها» قيل: يا رسول الله وما حقها؟ قال: «إعارة دلوها، وإطراق فحلها، ومنحة لبنها»[٣]. وأمّا الإجماع فلا خلاف بين المسلمين في جوازها واستحبابها. ولأنه لما جازت هبة الأعيان بالإجماع كذلك هبة المنافع كما تصح الوصية بهما. فإذا تقرر هذا فاعلم أنه لا تصح الإعارة إلا من جائز التصرف في المال، وأما من لا يملك التصرف في المال كالصبي والسفيه لا تصح منه الإعارة ولا يجوز للعبد المأذون أن يُعير خلافاً لأبي حنيفة ولا تنعقد إلا بإيجابٍ وقبولٍ لأنه إيجاب حق لآدمي كالبيع والإجارة، وتصح بالقول من أحدهما: والفعل من الآخر فإن قال المستعير: أعرني فسلَّمها المعير إليه انعقد، وإن قال المعير: أعرتك فقبضها المستعير انعقد لأنه إباحة التصرف في ماله فتصح بالقول من أحدهما: والفعل من الآخر كإباحة الطعام. واعلم أن تمام العارية بالقبض من غير إقباض، والفرق أن قبض المستعير لا يزول به ملك المعير فجاز أن يأذن بالتصرف فيه والقبض في الهبة مزيل لملك الواهب فلم يتم إلا بإقباض الواهب ولا تلزم العارية وله الرجوع فيها متى شاء، وقال مالك: إن قدَّر العارية بمدة تلزمه ولم يكن له الرجوع قبل انقضائها بناء على أصله الهبة تلزم بالقول من غير قبضٍ وهذا غلط لأن لزومها يخرجها عن حكم العارية إلى حكم الإجارة فلا يجوز ذلك. ثم اعلم أنها مضمونة عندنا سواء تعدى فيها أو لم يتعد وسواء كان حيواناً أو غير حيوان، وسواء شرط الضمان أو لم يشرط وبه قال ابن عباس وعائشة وأبو هريرة رضي الله عنهم وهو مذهب عطاء وأحمد وإسحاق، وقال ربيعة: العارية مضمونة بكل حالٍ إلا أن تكون حيواناً فيموت في يد المستعير فلا يضمنه، وقال مالك: إن كان مما يخفى [١/ب] هلاكه ضمن ،وإن كان مما يظهر لم يضمن، وقال أبو حنيفة: العارية أمانة غير مضمونة إلا بالتعدي وبه قال النخعي والشعبي وشريح والحسن والثوري والأوزاعي ويحكى هذا عن

---

(١) أخرجه الترمذي في الوصايا عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء لا وصية لوارث (٢١٢٠) وأحمد في «مسنده» (٢١٧٩١).

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده» (١٤٨٧٨).

(٣) أخرجه عن جابر بن عبد الله مسلم في الزكاة، باب إثم مانع الزكاة (٩٨٨) والنسائي في الزكاة، باب مانع زكاة البقر (٢٤٥٤) والدارمي في الزكاة في الزكاة، باب من لم يؤد زكاة الإبل والبقر والغنم (١٦١٦).

مالك وإسحاق، ورُوي هذا عن عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما، وقال عثمان البتي: العارية مضمونة بكل حال إلا أن تكون حيواناً فلا يضمن سواء مات حتف أنفه، أو بفعل المستعير من غير تفريط، ويحكى هذا عن مالك أيضاً، وقال قتادة وعبيد الله العنبري وداود: إن شرط ضمانها على المستعير ضمن وإلا فلا يضمن وهذا كله غلط لما ذكرنا من خبر أبي هريرة وصفوان ولأنه أخذ ملك غيره لمنفعة نفسه منفرداً بها من غير استحقاق ولا إذنٍ في الإتلاف فيضمنه كالمغصوب. واحتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، وليس على المستودع غير المغل ضمان»[١]. قلنا: قال الدارقطني: رواه عبيد بن حسان وهو ضعيف ثم أراد به ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال بدليل ما ذكرنا. واحتج قتادة بأن النبي ﷺ شرط لصفوان الضمان[٢] قلنا: ذاك إخبار عن صفة العارية وبيان لحكمهما ولم يكن شرطاً ولأن أصول الشرع على أنه لا يتغير حكم الضمان بالشرط وعدمه كما في البيع والإجارة والوديعة، فإذا تقرر هذا قال الشافعي ها هنا وقال: من لا يضمن العارية فإن قلنا: إذا شرط الضمان ضمن قلت: إذاً نترك قولك وإنما قصد الشافعي بهذا الكلام قتادة والعنبري ومعنى هذا الكلام قريب من معنى الاستفهام أي إن قلنا: إذا شرط المستعير الضمان ضمن فعل يستنكر وهذا المذهب وهل تستبعده؟ فقال الشافعي لهذا المستفهم إذاً تترك يعني يناقض مذهبك فقال الخصم: وأين المناقضة في مذهبي؟ فقال: ما تقول في الوديعة إذا شرط الضمان أو في القرض أن لا يضمن أيتغير الحكم؟ فقال: قال: لا فكذلك ها هنا وجب أن لا يتغير بوجود الشرط لأن الشرط لا يغير حكم الأصل فقال الخصم: إن لم يكن للشرط تأثير فلم شرط رسول الله ﷺ الضمان قال: لجهالة صفوان [٢/أ] بالحكم فإنه كان مشركاً لا يعرف حكم الإسلام ولو عرفه ما ضره شرطه له قال: فهل قال هذا أحد يعني ضمان العارية من غير شرط قال: في هذا كفاية وغنية وقد قال بذلك أبو هريرة وابن عباس رضي الله عنهما هذا شرح كلام الشافعي في مناظرته، فإن قيل: ما تأويل قول الشافعي في موضع من كتاب الإجارات العارية غير مضمونة إلا بالتعدي؟ قلنا: هذا ليس بقول ثانٍ في سقوط ضمانها كما وهم فيه الربيع وهو محمول على سقوط ضمان الأجرة أو على سقوط ضمان الأجزاء أو حكاية عن مذهب غيره.

(١) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٤١).

(٢) تقدم تخريجه.

فرع

إذا استعار شيئاً وانتفع به ثم رده على صاحبه لم يكن ضمان المنافع ولا ضمان ما تلف بالاستعمال من أجزائه قولاً واحداً وهو مثل ذهاب أجزاء المنشفة بالنشف والثوب باللبس لأنه مأذون فيه، وعلى هذا لو كان سيفاً لتقاتل به فانكسر في الضربة لا ضمان، ومن أصحابنا من قال: فيه وجه آخر أنه يضمن الأجزاء التالفة بالاستعمال ذكره ابن سريج وهو غلط لما ذكرنا.

فرع آخر

لو تلفت في يده نظر، فإن تلفت عقيب القبض فعليه كمال قيمتها، فإن قيل: هلاّ أسقطتم عنه ضمان الأجزاء المأذون في إتلافها. قيل: إنما يسقط ضمان الأجزاء إذا أتلفها منفردةً عن العين على وجه الاستعمال المأذون، فأما إذا تلفت بتلف العين ضمنها لأنه لا يمكن تمييزها عن العين في الضمان، وإن تلفت بعد الاستعمال فالمذهب أن عليه قيمتها يوم التلف لأنه لا يضمن الأجزاء التي أتلفها بالاستعمال على ما ذكرنا فلا يضمن الزيادة التي حدثت في العين لأنه لم يقبضها ولم يكن مأموراً برد العين في حال الزيادة، ويخالف المغصوب والمقبوض بعقدٍ فاسدٍ لأن كل واحدٍ منهما مأمور برد العين على صاحبها في كل حالٍ، ومن أصحابنا من قال: يلزمه أكثر ما كانت قيمتها من حين القبض إلى حين التلف كالمقبوض عن العقد الفاسد وهذا لأن الأجزاء غير مضمونة عليه مع بقاء العين، فأما إذا تلفت العين ضمن الجميع كما نقول في زيادة السوق والزيادة التي تحدث في العين تدخل في العارية فيجب أن تكون مضمونةً [٢/ب] عليه، ومن أصحابنا من قال: يلزمه قيمتها يوم القبض تمثيلاً بالقرض وهذا والذي قبله ضعيف والأصح الأول.

فرع آخر

لو كانت العارية مما له مثلٌ فإن قلنا: فيما لا مثل له يضمن بأكثر ما كانت قيمتها يلزمه مثلها، وإن قلنا: يضمن ذاك بقيمتها يوم التلف ضمنها ها هنا بقيمتها.

فرع آخر

لو استعملها في غير ما أذن فيه مثل أن استعار قميصاً ليلبسه فنقل فيه الطعام والتراب والطين ونحو ذلك، أو استعار دابةً ليركبها فنقل عليها الطعام أو غيره يلزمه أجرة مثلها وضمان ما نقص من الأجزاء قولاً واحداً، وإن تلفت يلزمه أكثر ما كانت قيمتها من حين التعدي إلى حين التلف.

فرع آخر

إذا رجع المعير في العارية تلزم مؤونة الرد على المستعير قولاً واحداً لأن النبي ﷺ قال في خبر صفوان بن أمية: «لا بل عارية مضمونة مؤداة»(١) فقوله: مضمونة أفاد ضمان الأصل، وقوله: مؤداة أفاد ضمان الرد.

فرع آخر

إذا ردها نظر، فإن كان إلى مالكها أو إلى من يقوم مقامه في القبض كان رداً صحيحاً، وإن ردها إلى زوجته أو جاريته لم يكن رداً صحيحاً، وإن كانت دابة فردها إلى اصطبلها لا يكون رداً صحيحاً ويلزمه الضمان، وقال أبو حنيفة: القياس أن لا يبرأ والاستحسان أن يبرأ ويكون رداً صحيحاً لجريان العادة به وهذا غلط لأنه لم يردها إلى صاحبها ولا إلى من يقوم مقامه فلا يكون رداً صحيحاً كما لو ردها إلى زوجته، وكما لو رد المغصوب إلى بيت مالكه أو رد المسروق إلى الحرز لا يبرأ بالإجماع.

فرع آخر

لو حمل السيل حباً لرجل أو النوى فأدخله أرض غيره فنبت منه الزرع أو الشجر فالزرع والشجر لصاحب الحب والنوى دون صاحب الأرض وقد نبت في أرض غيره بغير تفريط منه فلا أجرة عليه، وكذلك لو أطارت الريح إلى دار غيره طعاماً له فامتلأت به لا أجرة عليه، ثم لصاحب الزرع والشجر تحويله عن الأرض فإن اختار الاستبقاء فيها نظر، فإن رضي صاحب الأرض فلا كلام وإن أبى هل يجبر على قلعه؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يجبر لأن مالكه غير متعد ولكن يلزمه بدل [٣/أ] الأجرة، ومن أصحابنا من قال: على هذا الوجه هو كالمستعير لا تلزمه الأجرة وهو ضعيف، **والثاني**: يجبر لأنه نبت في أرضه بغير اختياره كما لو دخل غصن شجرة في هواء دار غيره يلزمه تحويل الغصن عن ملكه كذلك ها هنا وهذا هو المذهب الصحيح.

فرع آخر

إذا قلع في هذه المسألة يلزمه تسوية الحفر لأنه أدخل النقص في ملك غيره لاستصلاح ملكه.

---

(١) تقدم تخريجه.

فرع آخر

لو أعاره حائطاً ليضع عليه جذعاً فله أن يرجع في العارية قبل وضعه لأنه لا ضرر عليه في ذلك، وإن أراد الرجوع بعد الوضع والبناء عليه لا يصح الرجوع ولا يجبر على قلعه لأن العرف فيه التأبيد، فإن قيل: العارية جائزة فكيف تجعلونها لازمة ها هنا؟ قلنا: من أصحابنا من قال: العارية ضربان جائزة ولازمة وهذه عارية لازمة وهذا لا يصح بل العواري كلها جائزة وإنما لا يمكن الرجوع ها هنا لإلحاق الضرر بالمستعير كما لو أعار سفينة فطرح المستعير فيها طعاماً فطالبه المعير بالرد وهي في لجة البحر لم يكن له لا لكون العارية لازمة بل لما ذكرنا من علة الضرر كذلك ها هنا.

فرع آخر

لو رجع ها هنا في العارية وقلنا: لا يطالب بالقلع هل يستحق عليه الأجرة بعد الرجوع فيه؟ وجهان **أحدهما**: يستحق كما يستحق أجرة أرضه بعد الغرس إذا غرسها بإذنه ورجع في العارية وعلى هذا لو امتنع من بدلها أخذ بقلعها، **والثاني**: وهو الأصح لا أجرة له والفرق بين هذه المسألة وبين مسألة الأرض أن الحائط قد يصل مالكه إلى منافعه، وإن كانت الأجذاع موضوعة فيه ولا يصل إلى منافع الأرض مع بقاء الغراس والبناء فيها مع أن العرف لم يجز بإجارة الحائط وجرى بإجارة الأرض.

فرع آخر

لو أراد المعير أن يعطيه قيمة الجذوع كلها أو قيمة أطرافها التي في ملكه أو يطالبه بالنقص وعليه ما نقص لم يكن ذلك له، لأن بعضها في ملك المستعير ويفارق إذا غرس شجراً في أرضه بإذنه ثم رجع صاحب الأرض له دفع قيمته لأن كلها في ملك الغير.

فرع آخر

[٣/ب] لو تلفت الأجذاع ثم أراد أن يعيد مثلها على الحائط لم يجز إلا بإذن جديد لأن الإذن تناول الأول دون غيره، وهكذا لو انكسر الجذع وأراد أن يطرح مكانه جذعاً آخر، وفيه وجه آخر له إعادته لأن هذه الإعادة اقتضت التأبيد ولو سقط الحائط قد ذكرنا فيما قبل أنه إن أعاده بغير الآلة الأولة لم يكن للمستعير إعادة خشبه عليه، وإن أعاده بتلك الآلة بعينها فيه وجهان والصحيح أنه ليس له ذلك لأن هذا الحائط غير الأول، ألا ترى أنه لو أوصى له بحائط فانهدم قبل موته وبناه ثانياً لم تصح الوصية في الثاني، وقيل: لا فرق بين أن يعيده بتلك الآلة أو بغيرها فيه وجهان وعلى هذا لو أعاره بقعةً تغرس فيها غراساً

فانقلع الغراس أو قلعه هل له إعادة مثله؟ وجهان.

فرع آخر

لو أعاره جذعاً ليسمك به حائطاً ليس له بعد السمك أن يرجع فيه ما كان الحائط قائماً وكان الجذع صحيحاً لأنه يخاف السقوط وهل له المطالبة بعد الرجوع بأجرته؟ وجهان على ما ذكرنا.

فرع آخر

لو أعار أرضاً لدفن ميت فدفن لزم، ولو أوصى الميت بنقله منها منعوا منه لأن فيه انتهاك حرمته وليس لصاحب الأرض المطالبة بالأجرة بعد الرجوع في العارية وجهاً واحداً لأن الميت زائل الملك والأولياء لا يلزمهم ولو نبشه السَّبعُ حتى ظهر يلزم أن يعاد إلى قبره جبراً لأنه قد صار حقاً للميت مؤبداً.

فرع آخر

إذا دفن في أرضه ميتاً بإذنه ليس لصاحب الأرض أن يتصرف على ظاهر القبر من أرضه، ولو أراد أن يدفن فيه ميتاً آخر لم يجز إلا أن يتجاوز مكان لحده فيجوز، وإن كان مقارباً.

فرع آخر

لو مات المستعير يلزم الوارث أن يبادر بردها على المعير طلب أو لم يطلب علم بموته أو لم يعلم لأن رد العارية واجب بخلاف ما لو مات المودع لا يلزم وارثه ردها لأن ردها لا يجب وإنما يجب التمكين فقط.

فرع آخر

لو لم يقدر وارث المستعير على الرد حتى هلكت ضمن في تركة المستعير [٤/أ] ولو كان مع القدرة على ردها فهي مضمونة على ورثة المستعير مع الأجرة، وكذلك لو جنَّ المستعير يلزم الولي أن يبادر بردها على المعير.

فرع آخر

لو باع العارية وردها غير ممكن كالأرض إذا غرست فالبيع باطل لأن مدة بقاء الغرس فيها مجهولة واسترجاعها غير ممكن إلا ببذل قيمة الغراس وأرش النقص وذلك غير واجب

على المعير ولا على المشتري، وفيه وجه آخر أنه يصح البيع ويؤخذ المستعير بقلع الغراس ويجبر البائع المعير على بذل نقص الغرس لأنه من حقوق التسليم كما يجبر على مؤونة التسليم.

فرع آخر

لو بطلت العارية بالشرط الفاسد وتصرف فيها هل يلزمه أجرة المنفعة؟ وجهان **أحدهما**: يضمن لأن فسادها رافع لحكمها، **والثاني**: لا يضمن لأن كل عقد فسد فحكمه في وجوب الضمان وسقوطه حكم الصحيح منه كفاسد القرض وصحيحه.

فرع آخر

لو استعار شيئاً له أن يستوفي منفعته بنفسه وبوكيله، ولو أراد إجارته لم يجز وجهاً واحداً لأنه لم يملك المنافع فلا يجوز أن يملكها، ولأن العارية غير لازمة والإجارة لازمة فلا يجوز أن يترتب اللازم على غير اللازم، وإن أراد إعارته فيه وجهان **أحدهما**: لا يجوز وهو المذهب وبه قال أحمد لأن العارية إباحة المنفعة له فلا يجوز أن يبيح للغير كما لو أبيح له طعام لا يجوز له أن يبيح لغيره، **والثاني**: يجوز له ذلك وبه قال أبو حنيفة لأنه مثل ما ملك فصار كالمستأجر يؤاجر ما استأجره.

فرع آخر

لو أعار المستعير العارية من رجل بإذن المعير جاز ثم نظر، فإن لم يسمه فالمستعير الأول على عاريته وهو المعير لها من الثاني وضمانها باقٍ عليه وله الرجوع فيها إن شاء، ولو ردها إلى المستعير الأول يبرأ، وإن سماه المعير برئ المستعير الأول من ضمانها، ولو ردها المستعير الثاني على المستعير الأول لا يبرأ.

فرع آخر

يجوز إعارة كل ما يجوز إجارته وما لا يجوز [٤/ب] إجارته لا يجوز إعارته إلا الفحل للنزو يجوز إعارته، ولا يجوز إجارته وتجوز إعارة الدراهم والدنانير، وإن كان في جواز إجارتها وجهان لأن حكم العارية أوسع بدليل أنه يجوز أن يستعير ما يرهنه، ولا يجوز أن يستأجر ما يرهنه ويجوز إعارة الكلب للصيد وجهاً واحداً، وإن كان في إجارته وجهان ويجوز إعارة النخل لربط السفن والبهائم، وإن كان في إجارتها وجهان.

فرع آخر

يجوز إعارة الإبل والبقر والخيل والبغل والأحرار والعبيد ويجوز للرجل أن يعير ولده الصغير ليخدم من يتعلم منه، وقد روي أن النبي ﷺ استعار من أبي طلحة فرساً فركبه[1].

فرع آخر

لا يجوز إعارة الشاة، ولكن يجوز أن يمنح قال الشافعي: والمنحة أن يدفع الرجل ناقته أو شاته إلى رجل ليحلبها ثم يردها فيكون اللبن ممنوحاً ولا ينتفع منها بغير اللبن، وقد روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «المنيحة أفضل الصدقة تغدو بإناءٍ وتروح بآخر»، وقال القاضي الطبري: أطلق أصحابنا أنه لا يجوز إعارة الشاة وعندي يجوز ولا ينبغي أن يكون فيها اختلاف ثم فسر بما ذكرنا من المنحة والأولى ما قاله أصحابنا لأن إباحة اللبن لا تسمى عارية.

فرع آخر

يجوز استعارة الجواري للخدمة في الجملة، وهل يكره؟ فإن كان المستعير امرأة أو محرماً لها لا يكره، وإن لم يكن محرماً لها فإن كانت موسومة بالجمال يكره أن يخلو بها في الاستخدام خوفاً من غلبة الشهوة، وإن كانت ممن لا يُشتهى لكبرها أو وحشتها لم يكره لأنه يؤمن عليها، ومن أصحابنا من قال: إذا كانت شابةً يخاف منه عليها لا يجوز الإعارة منه ويحرم وهذه الكراهة كراهية تحريم وقيل: يكره مطلقاً من غير فرق بين الشابة والكبيرة لئلا يخلو الرجل بالمرأة فيدخل الشيطان بينهما.

فرع آخر

لا يجوز إعارتها للاستمتاع بحالٍ، فإن أعارها للخدمة فوطئ المستعير فإن كان جاهلاً بالتحريم [٥/أ] لا يلزمه الحد ويلزمه المهر ويلحق به النسب والولد حر وعليه قيمته لسيدها، وإن كان عالماً بالتحريم فهو زناً، وهكذا لو أعارها للاستمتاع ووطئها، وقال داود: لا يلزمه الحد وهذا غلط لأنه حرام محض لا شبهة فيه.

---

(١) أخرجه البخاري في الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب من استعار من الناس الفرس والدابة وغيرها (٢٦٢٧).

فرع آخر

يكره أن يعير العبد لخدمة ولده لأنه يكره للإنسان أن يستخدم أباه أو أمه، ولو أعار منه صحت العارية، وإن أراد أن يستعيره ليرفهه ولا يستخدمه لا يكره بل يستحب ذلك، وكذلك حكم الأجداد والجدات ولا يعتق عليه بالعارية بحالٍ لأنه لا يملك بها رقبة المال.

فرع آخر

لو استعار رجلاً من حلال من محرمٍ صيداً فقتله أو تلف في يده نظر، فإن كان المحرم اصطاده في حال إحرامه لم يجب على المستعير شيء ويجب على المعير الجزاء، وإن كان اصطاده قبل إحرامه فإن قلنا: يزول ملكه بالإحرام فالحكم ما ذكرنا ولا يجوز إعارته، وإن قلنا: لا يزول ملكه عنه فعليه قيمته لصاحبه ولا جزاء على الحلال ولا على المحرم لأن المحرم على هذا القول لم يمنع من إمساكه وإنما منع من إتلافه ولم يتلفه. ويجوز إعارته منه فلم يلزمه الجزاء وهذه العارية يتصور في حمار الوحش أو بقر الوحش ونحو ذلك، ولو استعار محرم من حلالٍ صيداً فتلف في يده يلزمه الجزاء لله تعالى والقيمة لصاحبه ولا تجوز هذه العارية.

فرع آخر

لو استعار دابةً ليركبها إلى موضعٍ بعينه فجاوز ذلك الموضع فإنه قبل أن يجاوز بها ذلك الموضع هي في يده عارية لا يلزمه غرامة النقصان إن حصل بالاستعمال ولا يلزمه أجر مثلها، وإن تلفت يضمنها ضمان العارية. وأما بعد مجاوزة ذلك الموضع فهو متعد فيها وحكمه حكم الغاصب من وقت المجاوزة، فإن ردها إلى ذلك الموضع الذي جاوزه لا يبرأ من الضمان، وكذلك لو استأجرها إلى موضع فجاوز ذلك الموضع [٥/ب] ثم ردها إليه لا يبرأ من الضمان ووافقنا أبو حنيفة في هاتين المسألتين أنه لا يبرأ عن الضمان بالرد إلى ذلك الموضع وإن خالفنا في الوديعة وقال: إذا ردها إلى مكانها بعد التعدي يزول الضمان.

فرع آخر

لو استعار عارية واستعملها مدةً لمثلها أجرة ثم بانت مستحقة كان لمالكها أجر مثلها وبدل ما نقص من الأجزاء بالاستعمال وله أن يرجع بذلك على من شاء من الغاصب والمستعير معاً فإن رجع على المستعير به هل يرجع المستعير على المعير بما غرم؟ قولان قال في «الجديد»: لا يرجع عليه لأن التلف حصل في يده بغير حق فاستقر الضمان عليه، وقال في القديم وبه قال أحمد: يرجع عليه لأنه غرَّه فإنه دفع إليه على أن لا يضمن الأجرة

ولا ما تلف عن الأجزاء باستعماله فاستقر الضمان على المعير، وإن رجع المالك على المعير هل يرجع على المعير؟ قولان بناءً على القولين في تضمين المستعير فإن قلنا: قرار الضمان على المستعير رجع عليه فإن قلنا: قراره على المعير لا يرجع عليه، وإن تلفت في يد المستعير فالكلام في الأجرة والأجزاء التالفة بالاستعمال على ما ذكرنا، وأما قيمتها فالمستعير دخل على أن ضمانها ضمان العارية وهو قيمتها حال التلف على الصحيح من المذهب وقد وجب ضمان الغصب وهو أكثر ما كانت قيمتها من وقت القبض إلى حالة التلف فإن كانت القيمتان سواء فالضمان مستقر على المستعير قولاً واحداً لأنه دخل على أنها عارية مضمونة، وإن كانت قيمتها غصباً أكثر فتلك الزيادة بمنزلة الأجرة والأجزاء وقد ذكرنا، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل يتقرر الضمان على المستعير؟ قولان وهو ضعيف غريب.

مسألة: قال: ولو قالَ رَبُّ الدابةِ أكريتُها إلى موضعِ كذا بكذا، وقال الراكب: بل عارية[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا اختلف صاحب الدابة وراكبها فقال صاحبها: أجرتكها بكذا وكذا، وقال الراكب: بل أعرتنيها ولا أجرة لك قال الشافعي [٦/أ] ها هنا: القول قول الراكب مع يمينه.

وقال في كتاب «المزارعة»: وإذا زرع رجل أرض رجلٍ ثم اختلفا فقال الزارع: أعرتنيها، وقال رب الأرض: أكريتكها فالقول قول رب الأرض مع يمينه فاختلف أصحابنا فيه فقال الأكثرون: المسألتان على قولين، ولا فرق بين الدابة وبين الأرض وهو الصحيح، وقد قال الربيع لما نقل هذه المسألة كما نقل المزني وفيه قول آخر أن القول قول المالك وهكذا ذكر المزني في «الجامع الكبير».

ووجه قولنا أن القول قول المالك فيهما وهو اختيار المزني ورواه أصحابنا عن مالك أن المنافع تجري مجرى الأعيان بدليل جواز العقد عليها كجوازه على الأعيان وتضمن بالمسمَّى في العقد الصحيح وبعوض المثل في العقد الفاسد، ولو اختلفا في العين فقال: أذنتَ في إتلافه أو تناوله أو وهبت مني وأنكر المالك فالقول قول المالك كذلك ها هنا، ولأنهما لو اختلفا في أصل الإذن كان القول قول المالك فكذلك إذا اختلفا في وصف الإذن

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/١٢١).

ووجه قولنا القول قول الآخذ وبه قال أبو حنيفة أن الأصل براءة الذمة عما يدعى عليه من الكراء وقد تصادقا على أن الاستعمال صدر عن الإذن والأول أصح، فإذا قلنا: القول قول الآخذ حلف أنه ما استأجره ويسقط عنه ما يدعيه من الأجرة ويرد الدابة على صاحبها، فإن لم يحلف ونكل رددنا اليمين على المالك فيحلف ويستحق المسمى قولاً واحداً لأن اليمين مع النكول إما أن تكون بمنزلة البينة أو الإقرار وأيهما كان يثبت به المسمى وإذا قلنا: القول قول المالك حلف وله الأجرة، وهل تجب الأجرة المسماة أو أجرة المثل؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجب المسمى لأنه جعل القول قوله وحُلف عليه الثاني وهو الأصح وقيل: نص عليه في «الأم» يجب أجرة المثل لأنهما لو اتفقا على الإجارة واختلفا في الأجرة لا يقبل فيه قول المؤجر فلأن لا يقبل قوله فيه مع اختلافهما في أصل الإجارة أولى. [٦/ب] ويخالف هذا إذا حلف مع نكول الآخر لما ذكرنا أن يمينه مع نكوله تجري مجرى البينة أو الإقرار، ومن أصحابنا من قال في مسألة النكول: هل يستحق المسمى أو أجر المثل؟ وجهان أيضاً وهذا غلط والفرق ظاهر وعلى هذا القول إن لم يحلف المالك لا تردّ اليمين على الآخذ لأنه لا يدعي شيئاً والأجرة ساقطة عنه بنكول المالك وصار هذا بمنزلة المدعي إذا ردَّت عليه اليمين فلم يحلف لا ترد اليمين ثانياً على المدعى عليه.

ومن أصحابنا من غلط ها هنا وقال: إنه يحلف عند نكوله وليس بشيء هذا إذا كانت الدابة باقيةً، فإن كانت الدابة تلفت في يد الآخذ لا يخلو إما أن تتلف عقيب الدفع أو بعد مضي مدةٍ تجب لمثلها أجرة فإن تلفت عقيب الدفع لا معنى للإحلاف لأن صاحبها يدعي الإجارة وقد انفسخت بتلفها ولكن صاحب الدابة يقول: تلفت في يدك بإجارةٍ فلا ضمان عليك، وقال الآخذ تلفت في يدي بالعارية فعليّ ضمان القيمة فهو يقر بالقيمة لمن لا يدعيها فيسقط حكم إقراره ولا شيء عليه، وإن كانت قد مضت مدة لمثلها أجرة ثم تلفت فصاحب الدابة يدعي عليه الأجرة ولا يدعي القيمة، والآخذ ينكر الأجرة ويقر بالقيمة فإن كانت الأجرة التي يدعيها أكثر من قيمة الدابة فالمالك يدعي فضل الأجرة والآخذ ينكرها فيكون الحكم فيه كما لو كانت العين قائمة وقد ذكرنا حكمهما، وإن كانت الأجرة وفق القيمة فالمالك يدَّعيها أجرةً والآخذ ينكرها والآخذ يقر قيمة والمالك لا يدَّعيها فما الذي يصنع بها؟ فيه وجهان:

أحدهما: يأخذها الحاكم في الآخذ ويدفع إلى المالك وتنقطع الخصومة بينهما لأنه ادعى عليه حقاً وقد أقر له بقدره فسلم إليه ولا يعتبر اختلاف جهة الدعوى والإقرار.

والثاني: لا يؤخذ منه شيء لأنه أقر له قيمة تجب بالتلف وهو لا يدعيها فلا يمكن

دفعها إليه والحق الذي ادعاه هو أجرة المدة والآخذ لم يقر به فلا يلزمه تسليمه فعلى هذا هما على الخصومة فالقول قول من على ما ذكرنا من القولين وعلى هذا إذا كانت الأجرة التي يدعيها أكثر [٧/أ] من قيمتها ففي قدر قيمتها هل يؤخذ منه أم لا؟ وجهان **أحدهما**: على ما ذكرنا والحكم في الزيادة على القولين، وإن كانت العين قائمة والاختلاف كان عقيب العقد فالقول قول الآخذ مع يمينه وترد الدابة والأرض إلى المالك ولا يتصور الكلام في الأجرة ولا في القيمة، ومن أصحابنا من قال: المسألتان على ظاهر النصين ففي الدابة القول قول الراكب وفي الأرض القول قول رب الأرض، والفرق أن العادة جرت بإعارة الدواب ولم تجر بإعارة الأرض للزراعة فالعادة تشهد لرب الأرض فجعلنا القول قوله وتشهد ها هنا للراكب فكان القول قوله وهذا غلط لأن الشافعي لا يعتبر العادات في الدعاوى ولهذا لا يقدم دعوى العطار مع الدباغ في دعوى العطر.

فرع

لو كانت المسألة بالضد من هذا فقال ربها: أعرتكها، وقال الراكب: أجرتنيها لا يخلو من أحد أمرين إما أن تكون قائمةً أو تالفةً فإن كانت قائمةً فإن اختلفنا عقيب القبض فالمالك يدعي الإعارة والقابض يدعي الإجارة والمالك ينكرها فالقول قول المالك مع يمينه فيحلف ويأخذ الدابة وإن اختلفا بعد انقضاء مدة الإجارة مثل أن يقول: أعرتكَها في هذه السنة، وقال الآخذ: بل أجرتنيها سنةً بمائةٍ وقد مضت فالقابض يعترف له بأجرةٍ لا يدعيها فلا يلزمه تسليمها ويأخذ المالك دابته وينصرف، وإن اختلفا بعد مضيّ نصف المدة فالقابض يعترف له باستقرار خمسين من الأجرة والمالك لا يدعيها فلا يلزمه تسليمها، والقابض يدعي أن له في الدابة بقية الإجارة تمام المدة فيكون القول قول المالك مع يمينه ويأخذ الدابة، وإن كانت تالفة لا يخلو إما أن يكون التلف عقيب القبض أو بعد مدةٍ، فإن كان عقيب القبض فالمالك يدعي عليه قيمتها لأنها عارية والقابض يدعي أمانةً بعقد إجارةٍ فالقول قول المالك قولاً واحداً وعليه قيمة الدابة لأنهما اتفقا على أن الملك له، واختلفا في جهة سقوط بدله فالقول قول المالك ويخالف الأجرة في المسألة قبلها في أحد القولين لأن هناك على حدوث المنافع [٧/ب] ولا يمنع هذا صحة البيع كما لو اشترى شقصاً مشفوعاً فللمشتري بيعه، وإن كان الشفيع يملك إزالة ملكه عنه، **والثاني**: لا يجوز لأن المشتري غير مستعير وترك ما اشتراه غير مستديم لأن المعير متى بذل القيمة استحق بها أخذ الغرس أو قلعه وهذان الوجهان من اختلافهم هل يجوز له أن يعير ولأنه ممنوع من دخوله في أحد الوجهين فإذا باعه لا يمكنه تسليمه، وإن كانت العارية مؤقتة فالحكم على ما ذكرنا في المطلقة إذا شرط القلع بعد انقضاء المدة لو لم يشترط، وقال المزني: إذا انقضت المدة له

مطالبته بقلعه من غير قيمةٍ وحكاه الساجي عن الشافعي ذكره القاضي أبو عليّ الزجاجي رحمه الله. وقال أيضاً: لو وقّت له وقتاً ثم اختلفا فقال رب الأرض: انقضت المدة، وقال الباني: لم تنقض المدة فالقول قول رب الأرض مع يمينه وهذا غير صحيح لأن البناء حيث يُبنى إنما يُبنى للتأبيد وقول المعير: إلى وقت كذا يتردد بين احتمالاتٍ منها أن يكون إلى ذلك الوقت بغير أجر المثل وبعد هذا الوقت بأجر المثل ومنها أن يرضى بعد ذلك الوقت بالنقض والنقل ويرضى بنقل الملك إلى رب الأرض على شرط القيمة فلما احتمل لفظه هذه المعاني لم يجبره على القلع ومخالفة عادة التأبيد إلا بأن يكون له حق على رب الأرض، ولو كانت العارية مؤقتة ثم أراد ربّ الأرض إخراجه عنها قبل انقضاء الوقت كان له ولا يستحب ذلك ونعني بالإخراج الإخراج بشرط القيمة على ما ذكرنا، واعلم أن المزني أخل بالنقل ها هنا لأنه نقل هذا الفصل في العارية المطلقة فقال: وإذا أعاره بقعةً يُبنى فيها بناءً ثم ألحق العارية المؤقتة بالمطلقة حيث قال: ولو وقت له وقتاً ثم غلط فعطف على المؤقتة العارية المطلقة التي سبق ذكرها في أول الفصل فقال: وكذلك لو أذن له في البناء مطلقاً وهو عن هذا العطف مستغني لأن أول الفصل كان في العارية [٨/أ] المطلقة. وبالله التوفيق.

كتاب الغصب

مسألة قال: وإذا شَقَّ لرجلٍ ثوباً[١].

الفصل

وهذا كما قال: قال ابن فارسٍ الغصب أخذ الشيء مجاهرةً لا سراً فإن أخذه من حرزٍ سراً يسمى سرقةً، وإن أخذه مكابرةً في صحراء سمى محارباً، وإن أخذه استيلاءً سمي مختلساً، وإن أخذه من شيء كان مؤتمناً عليه سمي خائناً، وإن أخذه قهراً بغلبة وقوة فضلٍ سمي غاصباً والغصب في الشرع منعِ الإنسان من ملكه والتصرف فيه من غير استحقاقٍ، فإن منع ولم يتصرف كان تعدّياً ولم يتعلّق به ضمان، وإن تصرّف ولم يمنع كان تعدياً ولا يتعلق به ضمان لأنه تعدٍّ على المالك دون الملك وإذا أجمع بين المنع والتصرف تمَّ الغصب ولزمه الضمان. والأصل في تحريم الغصب الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿**لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ منكم**﴾ [النساء: ٢٩] والغصب خارجٌ عن ذلك وأيضاً قوله تعالى: ﴿**ويل للمطففين الذين إذا اكتالوا على الناس يستوفون وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون**﴾ [المطففين: ١ - ٣] وهذا الوعيد على الظلم فيما بين الكيلين تنبيهٌ على تحريم الغصب الذي هو أعظم منه. وأما السنة فما روى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يحل مال امرئٍ مسلمٍ إلا عن طيب نفسٍ منه»[٢]، وروى جابر أن النبي ﷺ قال في خطبة الوداع: «ألا إن دماءكم وأموالكم عليكم حرامٌ كحرمة يومكم هذا»[٣] ومعناه دماء بعضكم على بعضٍ وأموال بعضكم على بعضٍ.

وروى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا يأخذنَّ أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعباً ومن أخذ عصا أخيه بغير طيب نفسه فليردها»[٤] وذلك ما حرم الله مال المسلم على المسلم، وروي عن عمرو بن يثربي الضمري أنه قال: شهدت

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ١٣٣).

(٢) ذكره ابن قدامة في «**المغني**» (٤/ ٣٠١).

(٣) أخرجه البخاري في الحج، باب الخطبة أيام منى (١٧٤١) ومسلم في الحج، باب حجة النبي (١٢١٨) والترمذي في تفسير القرآن عن رسول الله ﷺ، باب ومن سورة التوبة (٣٠٨٧).

(٤) أخرجه أبو داود في الأدب، باب من يأخذ الشيء على المزاح (٥٠٠٣).

خطبة النبي ﷺ بمنا فقال: [٨/ب] «ولا يحل لأحدٍ مال أخيه إلا ما طابت به نفسه» فقلت: يا رسول الله أرأيت لو لقيت غنم ابن عمي فأخذت منه شاة فاجتررتها فعليّ في ذلك شيء فقال: إن لقيتها نعجةً تحمل شفرةً وزناداً بخبث الجميش[١] اسم موضع، وروى يحيى بن عروة عن أبيه عروة أن رجلاً غصب أرضاً من رجل من بني بياضة من الأنصار فغرسها نخلاً عُماً فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ فأمر بقلعه وقال: «ليس لعرق ظالم حق» قال عروة: فأخبرني من رأى الفؤوس تعمل في أصولها وقال أيضاً: رأيتها وأنه لتضرب في أصولها بالفؤوس وإنه لنخلٌ عمٌّ حتى أخرجت[٢] وقوله: عُماً يعني طوالاً وقيل: يعني عمَّت بخيرها ومنه قوله ﷺ: «عمَّتكم النخلة»[٣] يعني عمت بخيرها وقيل: أراد أنها خلقت من فضل طينة آدم ﷺ فصارت عمة في النسب.

وروى سعيد بن زيد أن النبي ﷺ قال: «من ظلم من الأرض شيئاً فإنها تطوّقه من سبع أرضين»[٤] وزاد جابرٌ مرفوعاً: «وكلف نقل ترابه إلى المحشر» وروي: «من اقتطع شبراً من الأرض»، وروى عليّ رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لعن الله من غيَّر منار الأرض»[٥] وروي أنه قال: «لعن الله سارق المنار» قيل: يا رسول الله وما سارق المنار قال: «يأخذ الرجل العلامة من أرضه نفسه إلى أرض غيره»[٦] وقال أيضاً: «ملعون من غير تخوم الأرض»[٧] يعني حدودها وأعلامها. وأما الإجماع فلا خلاف بين المسلمين فيه، فإذا تقرر هذا فالأموال ضربان حيوان وغير حيوان فأما غير الحيوان فضربان ما له مثل، وما لا مثل له فإن كان له مثل يلزمه رده إن كان باقياً لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تردّ»[٨] وروي حتى تؤدّيه ويلزمه رد مثله إن كان تالفاً لقوله تعالى: ﴿**فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم**﴾ [البقرة: ١٩٤] وعلى هذا لو غصب قفيزاً من طعام قيمته دينار فرده أو ردَّ

---

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (٢٠٥٧٧).

(٢) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء، باب في إحياء الموات (٣٠٧٣).

(٣) أخرجه أبو يعلى في «مسنده» (١/ ٣٥٣).

(٤) أخرجه البخاري في المظالم والغصب، باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض (٢٤٥٢) وأحمد في «مسنده» (١٦٤٦).

(٥) أخرجه مسلم في الأضاحي، باب تحريم الذبح لغير الله ولعن فاعله (١٩٧٨) والنسائي في الضحايا، باب من ذبح لغير الله عز وجل (٤٤٢٢).

(٦) الأثر:

(٧) أخرجه أحمد في «مسنده» (١٨٧٨).

(٨) أخرجه الترمذي في «سننه» (١٢٦٦) وأبو داود في «سننه» (٣٥٦١).

[٩/أ] مثله وقيمته درهم لم يكن عليه غيره وهذا لأن الرجوع إلى المثل رجوع إلى المشاهدة والرجوع إلى القيمة رجوع إلى الاجتهاد والمشاهدة أولى من الاجتهاد، وإن لم يكن له مثل يضمن بالقيمة.

وحكي عن عبيد الله العنبري أنه قال: يضمن للأشياء كلها بالمثل فإذا أتلف خشبةً يلزمه مثلها من جنسها وكذلك في الثوب وقيل: هو مذهب أحمد ذكره في «الحاوي»، وحكي عن داود أنه قال: يجب في الحيوان المثل فيجب في العبد العبدْ وفي العصفور العُصفور وشبَّهه بجزاء الصيد وهذا غلط لما روى عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ أنه قال: «من أعتق شِركاً له في عبد قُوّم عليه»[1] فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنهما متلفة بالعتق ولم يأمر بمثيلها ولأن القيمة فيما لا مثل له أعدل فإنهما قد يتساويان في القيمة ويختلفان في الصفة، وقد يتساويان في الصفة ويختلفان في القيمة فاعتبار القيمة أولى وأما تشبيهه بجزاء الصيد لا يصح لأن ذلك من حق الله تعالى المبني على المساهلة ونصَّ فيه على المثل بخلاف هذا، واحتج عبيد الله العنبري بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: ما رأيت صانع طعام مثل صفية صنعت طعاماً لرسول الله ﷺ فبعثت به فأخذتني إفكل فكسرت الإناء فقلت: يا رسول الله ما كفارة ما صنعت؟ قال: «إناءٌ مثل إناءٍ وطعام مثل طعام»[2] والإفكل .... الرعدة من الغيرة قلنا: ذكر هذا على وجه المعونة والإصلاح دون بتّ الحكم فإن القصعة والطعام ليس لهما مثل معلوم أو هذا الطعام والإناء حملا من بيت صفية والغالب أنه ملك الرسول ﷺ وله أن يحكم في ملكه كيف شاء، أو يحمل على مثل القيمة وأما الحيوان فعلى ضربين آدمي وغير آدمي فأما غير الآدمي يضمن بقيمة عند الإتلاف وفي الجناية يضمن ما نقص. وأما الآدمي فضربان حرّ، وعبد فالحر لا يضمن باليد ويضمن بالجناية، وأما العبد فيضمن باليد والجناية.

فرع

حدّ ماله مثل أن يجتمع [٩/ب] في ملك المدفوع إليه وادعى المالك عوضاً عليه في مقابلتها فلم يقبل قوله، وإن كان التلف بعد مضي مدةٍ لمثلها أجرة فالقابض يعترف بالأجرة والمالك لا يدعيها والمالك يدعي القيمة والقابض لا يعترف بها فإن كانت القيمة أكثر من الأجرة فالقول قول المالك فيما زاد على الأجرة مع يمينه ويستحق وفي القدر الذي هو وفق

---

(١) أخرجه مسلم في الأيمان، باب من أعتق شركاً له في عبد (١٥٠١) ومالك في العتق والولاء، باب من أعتق شركاً له في مملوك (١٥٠٤).

(٢) تقدم تخريجه.

الأجرة وجهان **أحدهما**: يسلم الحاكم منه بلا يمين، **والثاني**: لا يدفع إليه إلا بيمين لأنه لا يدعيها أجرة وإنما يدعيها قيمة فلا يدفع إلا بعد أن يحلف أنه أعارها منه ثم يأخذ القيمة بالتمام.

مسألة: قال: ولو قالَ: أَعرتنيهَا، وقال ربُّها: بل غَصبتنيهَا.

الفصل

وهذا كما قال: إذا كانت لرجل دابة فوجدت في يد رجلٍ فقال صاحبها: غصبتنيها، وقال من في يده: بل أعرتنيها لا يخلو إما أن يكون الاختلاف عقيب الدفع أو بعد مدةٍ فإن كان عقيب الدفع أو بعد مدةٍ أخذ المالك دابته بلا يمين لأنه يقول: دابتي في يده غصباً وهو يقول: بل عارية فله أخذ دابته لأن الرجوع في العارية يجوز ورد المغصوب واجب فإن كان هذا بعد مضيّ مدةٍ لمثلها أجرةٌ فالمالك يدعي أجرة المثل لأن القبض عن غصبٍ والقابض ينكر لأن القبض عارية نص الشافعي في الإقرار والمواهب على أن القول قول المستعير، واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: الحكم فيه كما لو قال: أجرتكها وقال: بل أعرتنيها وقد ذكرنا فيه طريقين، ومن أصحابنا من قال: ها هنا قول واحد القول قول المالك والذي قاله في الإقرار والمواهب ونقله المزني قول مرجوع عنه لأن الربيع قال: رجع الشافعي عن قبول قول المستعير وجعل القول قول ربّ الدابة مع يمينه وعلى الراكب كرا مثلها حكاه أبو حامدٍ في الجامع، والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها أن هاهنا لم ينقصا على أنه ركبها بإذن مالكها والأصل عدم الإذن وهناك اتفقا على أنه ركبها بإذنه ثم ادعى عليه العوض فكان عليه البينة في ذلك في أحد القولين، أو نقول: في تلك المسألة اتفقا على حدوث المنافع في ملك المنتفع وصاحبها يدعي العوض فلم يقبل [١٠/أ] أن يطلق ولا يعين المنفعة ويحمل في الانتفاع بها على العادة الجارية في مثلها بخلاف الإجارة، والفرق أن في الإجارة عوضاً ينفي عنه الجهالة ولهذا الزم فيها تقدير المنفعة بخلاف العارية فجازت مع الجهالة ويجوز إطلاق المدة فيها ويجوز تقييدها وإن طال لأنه إذا جاز الإطلاق فالتقييد أولى وهذا لأنها جائزة يمكن الرجوع فيها متى شاء، ثم إن أعارها لهذه الأشياء الثلاثة التي ذكرناها فعلها كلها وأيها شاء.

وإن عين واحداً منها فإن أعارها للزرع لا يجوز له أن يغرس ولا أن تبنى ولا أن يزرع زرعاً هو أضر مما عيَّن إن عيَّن نوعاً منه وله أن يزرع ما ضرره مثل ضرره أو دونه فإن أعارها لزراعة الحنطة ليس له أن يزرع الدُّخن وإن أعارها للبناء أو الغراس له أن يزرع لأنه أقل ضرراً منهما، وإن أذن له بزرع الدخن له أن يزرع الحنطة لأنها أقل ضرراً، وإن أذن له

في البناء أو الغراس هل يجوز له أن يعدل من **أحدهما**: إلى الآخر وجهان:

أحدهما: يجوز له ذلك لأن كل واحدٍ منهما يراد للتأبيد فيكون ضرر **أحدهما**: مثل ضرر الآخر.

والثاني: لا يجوز وهو الصحيح لأن كل واحدٍ منهما يختص بضررٍ لا يشاركه الآخر فيه فضرر الغراس تحت الأرض أكثر لأن عروقه تنتشر في الأرض وضرره في الظاهر أقل والبناء ضرره في الظاهر أكثر وفي الباطن أقل فإذا صح هذا وكانت الإعارة مطلقة غير مؤقتة كان له ذلك ما لم يرجع فيها، فإن رجع لم يكن له إحداث شيء من ذلك وما أحدثه بعد رجوعه فله مطالبته بقلعه من غير دفع القيمة وحكمه حكم الغاصب في ذلك، وإن أحدثه بعد بإذنه قبل الرجوع لا يخلو إما أن يكون قد شرط القلع أو لم يكن شرط، فإن كان قد شرط يلزمه قلعه متى طالب لأنه على هذا الشرط دخل فإذا قلعه لم يلزمه تسوية الأرض لأن صاحب الأرض حيث شرط القلع علم أنه يحصل بذلك تخريب الأرض ورضي بذلك الضرر فلم يلزم المستعير إزالة ذلك عنه، وإن لم يكن شرط القلع لا يخلو المستعير من أحد [١٠/ب] أمرين إما أن يختار القلع أو التبقية فإن اختار القلع كان له ذلك وليس للمعير منعه لأنه عين ماله فإذا قلع هل يلزمه تسوية الأرض من الحفر؟ وجهان:

أحدهما: ليس عليه ذلك لأنه لما أذن له في ذلك فقد رضي بالضرر.

والثاني: يلزمه ذلك وهو الصحيح لأن القلع ليس من مقتضى العارية وإنما له قلعه بحق الملك وقد قلع باختياره بعد زوال العارية من غير أن ألجئ إليه، وإن اختار التبقية نظر في المعير فإن مكنه وأقره عليه فلا كلام، وإن منعه من ذلك نظر، فإن اختار أن يعطيه قيمة الغراس والبناء كان له لأن للمعير أن يسترد العارية على وجهٍ لا يضر بالمستعير ويلزم قيمته قائماً ولا يعتبر قيمة الطّوب والخشب غير قائم لأن المستعير كان كالبناء والتأليف غير متعدٍّ والاعتبار بقيمة البناء يوم يخرجه لا يوم بناه لأن هذا الوقت وقت نقل الملك إليه بالقيمة، وإن كان مكان الغرس زرعٌ فإن كان الزرع مما يفصَّل في العادة فللمعير الإجبار على قلعه من غير دفع القيمة، وإن كان مما يترك إلى أن يستحصد يجبر على تركه إلى الحصاد لأن مطلق الإعارة محمول على ما يكون في العرف فإن قال: أنا أدفع إليه قيمة زرعه قائماً ليكون الزرع لي فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك كما قلنا في الغراس سواء وهو اختيار القاضي الطبري.

والثاني: ليس له ذلك بل عليه أن يقره في أرضه بأجرة مثله إلى حين حصاده وليس له

ذلك من غير الأجرة لأن له وقتاً ينتهي إليه بخلاف البناء والغراس وهكذا لو امتنع المعير من بذل القيمة وامتنع المستعير من قلعه قيل للمستعير: إما أن يقلع أو يعطي الأجرة على ما ذكرنا ولفظ الشافعي ها هنا أنه يقر على ذلك إذا بذل الأجرة بعد الرجوع في العارية ولا يجبر على القلع، ومن أصحابنا من قال: لا يلزم المستعير بذل الأجرة لأن العارية تقتضي الانتفاع من غير ضمان وهذا اختيار المزني فعلى هذا إذا لم تدفع القيمة يترك البناء من غير أجرة، وإن أراد المستعير أن يعطي المعير قيمة أرضه ليكون له [١١/أ] الأرض مع الغراس لم يكن له لأنها الأصل المتبوع والبناء والغراس يتبعان الأرض ولو طالبه بالقلع فإن ضمن له ما ينقص بالقلع كان له، وإن لم يضمن ذلك لم يكن له بل عليه تمكينه منها، وقال أبو حنيفة ومالك: له مطالبته بالقلع من غير أن يغرم له شيئاً إلا أن تكون العارية مؤقتة فأراد أن يرجع قبل انقضاء الوقت ليس له ذلك ها هنا إلا بالقيمة وهذا غلط لأنه بنى في ملك غيره بإذنه فلم يكن له مطالبته بقلعه من غير ضمانٍ كما لو طالبه به قبل انقضاء المدة.

ومن أصحابنا من قال: إذا لم يختر المستعير القلع ولا المعير دفع القيمة وما ينقص بالقلع يباعان جميعاً ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فيقال: كم تساوي أرضه وفيها الغراس دون الغراس فيقال: تسعون قلنا: وكم تساوي الغراس في أرض غيره؟ فيقال: عشرة فللمستعير عشر الثمن وللمعير تسعة أعشاره والمذهب الصحيح ما تقدم وهو أنهما يتركان ويمنع صاحب البناء من الانتفاع بالأرض وصاحب الأرض من الانتفاع بالبناء، فإن أراد **أحدهما**: دخول الأرض لتعهّد ماله نظر، فإن أراد المعير أن يدخلها كان ذلك له، وإن كان مستظلاً بغرسه وبنائه وإن أراد المستعير دخولها لتعهد بنائه أو غراسه فيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك لأن التطرق ضربٌ من التصرف واستحقاق الترك لا يوجب التصرف فيها بعد الرجوع في العارية.

والثاني: له ذلك وهو المذهب واختاره ابن أبي هريرة ويجبر المعير على تمكينه لأن الإذن بالغرس والبناء إذنٌ به وبمنافعه ولا يجوز أن يمنع من مراعاة ملكه وليس له دخولها من غير حاجة، ولو أراد المستعير بيع غرسه وبنائه فإن باعه من المعير جاز، وإن أراد بيعه من غيره فيه وجهان: **أحدهما**: يجوز وهو المذهب وليس للمعير أن يأخذ المشتري بالقلع كما لم يكن له أن يأخذ به المستعير وهذا لأنه ملكه وأكثر ما فيه أن غيره يملك إسقاط حقه منه وإزالة ملكه [١١/ب] فيه شرطان تماثل الأجزاء وأمن التفاضل كالحبوب والأدهان والأثمان والتمور والخل ونحو ذلك فإن كان مكيلاً كان الكيل شرطاً في مماثلةٍ دون الوزن، وإن كان موزوناً كان الوزن شرطاً في مماثلةٍ دون الكيل، ولو خيف تفاضله كالثمار الرطبة فلا مثل له وتجب قيمته. وقال: حده ما يتساوى أجزاؤه وقيمة أجزائه وأن يكون على حالة

الادخار أو حالة الكمال.

وقال القفال: حدَّه ثلاثة أشياء أن يكون مكيلاً أو موزوناً وأن يكون مضبوطاً بالصفة بحيث يجوز فيه السَّلم، وأن يجوز بيع بعضه ببعضٍ فالرب لا يكون من ذوات الأمثال لأنه لا يجوز بيع بعضه ببعضٍ والغالية ليست من ذوات الأمثال لأنها لا تضبط بالصفة من أصحابنا من قال: يكفي شرطان ولا تعتبر جواز بيع **أحدهما**: بالآخر وأفاد هذا الاختلاف أن الرّطب هل هو من ذوات الأمثال أم لا وجهان، والصحيح ما ذكرنا أولاً.

فرع آخر

الدقيق من ذوات الأمثال في أصح الوجهين وبه قال المزني وفي القطن وجهان والصحيح أنه من ذوات الأمثال لأن النوع الواحد منه لا يختلف غالباً، وكذلك الإبريسم والغزل والسمن واللبن والثلج والجمد والسكر والفانيد والعسل والمسك والعنبر والكافور والنفط، وقال الشافعي: في الصوف يضمن بالمثل إن كان له مثلٌ وقيل فيه قولان.

فرع آخر

في اللحمان ثلاثة أوجهٍ **أحدها**: أنها من ذوات الأمثال، **والثاني**: من ذوات القيم، **والثالث**: اليابس منها من ذوات الأمثال دون الطري وهكذا حكم الثمار والبقول والبطيخ.

فرع آخر

الخبز من ذوات القيم، وقال أبو حنيفة: من ذوات الأمثال وبه أفتى القفال وجوَّز السَّلم في الخبز وحكاه المزني في المنثور قولاً واختاره واعتبر الجنس والنوع فقط.

فرع آخر

إذا أوجبنا المثل طالبناه به ما دام موجوداً فإن أعوز المثل وتأخر قبضه حتى لا يوجد في ذلك الموضع قال أبو إسحاق: قيل للمغصوب منه: إن صبرت إلى أن يحمل [١٢/أ] إلى هذا الموضع مثله أو تتسلمه في الموضع الذي يوجد فيه فذاك إليك، وإن أبيت إلا أن تطالبه من وقتك في هذا الموضع فليس لك إلا قيمته أكثر ما كانت من يوم الغصب إلى يوم الانقطاع وهذا ظاهر المذهب ووجهه أنه كان مأموراً بردّ العين مع بقائها ثم صار مأموراً بردّ مثلها بعد تلفها فلزمه القيمة أكثر ما كانت في جميع الأحوال التي هو مأمور بالرد فيها، وقال جماعة من أصحابنا: وهو اختيار ابن أبي أحمد يلزمه قيمة المثل يوم المحاكمة لأن الذي لزمه بالتلف هو المثل ولهذا لو تأخرت المطالبة حتى وجد المثل بعد الفقد كان له

المطالبة بالمثل فإذا أراد القيمة يلزمه قيمة ما في ذمته من المثل واعتبر التقويم يوم المحاكمة، وقال القاضي الطبري: هذا وجه محتمل ولكنه خلاف نص الشافعي ولا يصح لأن هذا القائل يجعل المثل بمنزلة المغصوب والمثل لم يتناوله الغصب فلا يجوز أن يجري مجراه.

وقال بعض أصحابنا: يلزمه أكثر ما كانت قيمته من وقت الغصب إلى وقت المحاكمة، ومن أصحابنا من قال: يلزمه قيمة المثل وقت العدم ولا اعتبار بما كان زائداً قبله أو بعده لأن نقص ثمنه مع وجود المثل لا يوجب غرم النقص مع دفع المثل فعلم أن ما تقدم من زيادة الثمن ونقصه غير معتبرٍ وقد اعتبرت قيمته في آخر وقت إمكانه وهذا للشيخ الجليل أبي عبد الله الحناطي والقاضي أبي عليّ الزجاجي والقاضي الماوردي وجماعة وبه أقول.

ومن أصحابنا من قال: إن كان ذلك مما يوجد في وقتٍ وينقطع في وقتٍ كالعصير وجبت قيمته وقت الانقطاع لأن بالانقطاع يسقط المثل وتجب القيمة، وإن كان مما لا ينقطع عن أيدي الناس ولكن يتعذر في موضعٍ تجب قيمته يوم الحكم لأنه لا ينتقل إلى القيمة إلا بالحكم ويحكى هذا عن ابن أبي أحمد، وحكي عن ابن أبي أحمد أنه قال: إن وجد له مثل يوم التلف ثم انقطع كالعصير يلزمه قيمته يوم الانقطاع لأن المثل قد استقر في ذمته ها هنا [١٢/ب] ثم انقطع، وإن لم يوجد مثله يوم التلف يلزمه أكثر ما كانت قيمته من وقت الغصب إلى يوم التلف لأنه لما تلف في وقتٍ لا يوجد مثله فيه صار في الحكم كمتلفٍ لا مثل له، وقد قال الشيخ أبو عبد الله الختن في شرح «التلخيص»: قال الشافعي في كتاب الغصب ونقله المزني إلى الجامع الكبير: أو غصب حباً أو تمراً أو أدماً فاستهلكه فعليه مثله إن وجد له مثل فإن لم يوجد له مثل فعليه أكثر ما كانت قيمته ما بين الغصب والتلف والعلة ما ذكرنا، ومن قال يلزمه قيمته يوم المحاكمة خالف هذا النص فحصل ستة أوجهٍ.

وقال القفال: اختلاف أصحابنا في هذا يُبنى على اختلافهم فيما لو أتلف المثلي فلم يوجد المثل فغرم القيمة ثم وجد المثل هل للمالك رد القيمة وأخذ المثل؟ أو هل للغاصب استرداد القيمة ورد المثل؟ وجهان **أحدهما**: له ذلك لأن العدول إلى القيمة كان للضرورة فإذا ارتفعت الضرورة يغير الحكم كما لو غصب عبداً فأبق من يده فغرم قيمته ثم وجد العبد له الرد واسترجاع القيمة وللسيد الاسترداد ورد القيمة، **والثاني**: ليس له ذلك لأن للمتلف بدلين المثل والقيمة فإذا عدم المثل فالقيمة هي البدل فإذا بذل القيمة ليس له العود إلى البدل الآخر بخلاف العبد الآبق فإنه عين ماله فله الرجوع إليه متى قدر فإذا قلنا: له الرجوع إلى المثل ورد القيمة فها هنا يغرم أكثر ما كانت قيمته من يوم الغصب إلى يوم فقد المثل لأن العين وإن تلفت حلَّ المثل محل العين وإذا قلنا: ليس له ذلك فها هنا يغرم قيمة المثل يوم

فقد المثل ويحتمل أن يقال: يوم يحكم عليه، وقال أصحابنا بالعراق: إذا أخذ القيمة لا يطالب بالمثل بعده إذا وجد وجهاً واحداً والفرق بينه وبين مسألة الآبق أن قيمة الآبق أخذت عند الإياس منه فلزمه الرد عند القدرة وها هنا أخذ القيمة مع العلم بالقدرة عليه من بعد فلم يلزمه ردها بعد القدرة عليه، وقال في «الحاوي»: إذا عدم المثل فيه قولان حكاهما أبو حفص ابن الوكيل **أحدهما**: يلزمه قيمة الأصل المغصوب أكثر ما كانت من وقت الغصب إلى يوم التالف، **والثاني**: يلزمه قيمة المثل وفي زمان القيمة وجهان **أحدهما**: ما كانت من وقت الغصب إلى وقت [١٣/أ] العدم، **والثاني**: يعتبر قيمته وقت العدم على ما ذكرنا.

فرع آخر

لو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل يحتمل وجهين **أحدهما**: لا يلزمه المثل لأن وجود الشيء بأكثر من ثمن مثله كعدمه كما قلنا في الماء في الوضوء والرقبة في الكفارة، **والثاني**: يلزمه لأن المثل كالعين، ولو احتاج في رد العين إلى أضعاف ثمنه لزمه فكذلك المثل وهذا أقيس عندي.

فرع آخر

لو اصطلحا على أخذ القيمة مع وجود المثل يصح في أصح الوجهين.

فرع آخر

لو اختلفا فقال المالك: للمغصوب مثل وقال الغاصب: لا مثل له لا اعتبار باختلافهما ويرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم.

فرع آخر

لو اختلفا في وجود المثل فقال المالك: المثل معدوم موجود، وقال الغاصب: المثل معدوم ويكشف الحاكم عن وجوده وعدمه فإن عدم قد ذكرنا أنه بالخيار بين أن يصبر إلى وجوده وبين أن يعدل إلى القيمة فإن صبر ثم رجع مطالباً بالقيمة قبل الوجود فله ذلك بخلاف السَّلم إذا انقطع المسلم فيه فرضي بالصبر إلى وجوده ثم رجع ليس له الرجوع، والفرق أن تعذر وجود المسلم فيه عيبٌ فإذا رضي به لزمه ذلك بالفقد وصبر المغصوب منه إلى وقت وجود المثل إنظار وتأجيل تطوع به فلم يلزم.

فرع آخر

إذا أوجبنا القيمة يجب من نقد البلد الذي تلف فيه لأنه موضع الضمان.

فرع آخر

لو لم يتلف العين المغصوبة ولكنه جنى عليها يلزمه ضمان ما نقص فإن كان ثوباً فخرَّقه ومزَّقه، أو كانت آنيةً فرضضها أو كسرها يؤخذ منه الأرش وترد العين إلى صاحبها وليس له تسليم الثوب وغيره إلى الغاصب وأخذ بدله صحيحاً سواء كثرت الجناية أو قلَّت، والأصل في كل جناية استقر أرشها لم يجب على الجاني إلا أرشها فقط وهذه المسألة هي التي بدأ بها صاحب الكتاب وهي من باب الجنايات.

وقال أبو حنيفة: إن شقَّ الثوب عرضاً فعلى الشاقّ ما نقص ويرده إلى مالكه وإن شقه طولاً لا يأخذ ما بين طرفيه حتى لو تلف جل منافعه صار الثوب ملكاً للشاقّ [١٣/ب] وعليه قيمته لصاحبه وهذا بعيد عن الصواب لأن الجناية على الأملاك من غير شبهة لا يجوز أن يصير سبباً لنقل الملك كما لو شقه شقاً لم يتلف جل منافعه وعلى هذا يرد ما بقي إلى صاحبه عندنا نفعه أو لم ينفعه وربما يقولون: صاحبه بالخيار بين أن يتركه به ويأخذ منه كل القيمة وبين أن يسترده ويأخذ الأرش وبه قال مالك، وحكي عن مالك أنه قال: يتخير المالك بين أن يتركه به ويأخذ كل القيمة وبين أن يسترده ناقصاً ولا أرش له، وحكي عنه أيضاً أنه قال: له أن يرفأ الثوب إن أراد ثم يغرم ما بين قيمته مخرقاً مرفواً وبين قيمته صحيحاً، وإن شاء لم يرف ويغرم ما بين قيمته صحيحاً ومخرقاً وكذلك قال في الإناء إذا كسره أصلحه إن شاء وعندنا ليس له الرفوء والإصلاح.

فرع آخر

لو كان المتلف من جنس الأثمان ولا صنعة فيه كالنقرة والخلاص والتبر يضمن قيمته من غالب نقد البلد فإن كان نقد البلد من غير جنسه مثل أن كان فضة ونقد البلد دنانير أو كان ذهباً ونقد البلد دراهم فعليه أكثر ما كانت قيمته من ذلك من يوم الغصب إلى يوم التلف، وإن كان غالب نقد البلد من جنسه مثل إن كان فضة وغالب نقد البلد دراهم نظر، فإن كانت القيمة فوق وزنه سواء أخذ ذلك، وإن كانت قيمته أقل من وزنه أو أكثر من وزنه ضمنه بقيمته من غير جنسه، وإن لم يكن نقد البلد ولا يجوز أخذ قيمته من جنسه لأنه رباً.

فرع آخر

لو كان فيه صنعة مباحة كحلي النساء المباح كالخاتم والمنطقة وكانت قيمته أكثر من وزنه كخلخال وزنه مائة وقيمة الصنعة فيه مائة وعشرون تضمنه بغالب نقد البلد من غير جنسه، وإن كان من جنسه فيه وجهان **أحدهما**: يضمنه مصوغاً بغير جنسه كالسبيكة سواء لئلا يؤدي إلى الربا وهذا اختيار ابن أبي هريرة، **والثاني**: يضمنه بمثل وزنه من جنسه

وبأجرة صياغته، ثم هل يجوز أن تكون الأجرة ذهباً وجهان [١٤/أ] **أحدهما**: لا يجوز لئلا يفضي إلى الربا، **والثاني**: وهو الأصح وبه قال أحمد يجوز لأنه بدل من الصياغة ولا يدخلها الربا، ولو دخلها الربا إذا كان ذهباً خالصاً لدخلها إذا كان ورقاً لأنه لا يجوز أن يباع مائة دينار بمائة دينار ودرهم وقد ذكرنا هذا في كتاب الزكاة وذكرنا حكم الصنعة المحرمة وحكم الأواني إذا كسرها.

فرع آخر

لو غصب أبواباً وأحرقها تلزمه قيمة الأبواب وهل يكون الرماد للغاصب؟ وجهان.

فرع آخر

إذا قتل بهيمة يلزمه كمال قيمتها وإن جنى عليها يلزمه ما نقص من قيمتها سواء كان الانتفاع بظهرها دون لحمها كالبغل والحمار، أو بلحمها دون ظهرها كالغنم والطيور أو بهما كالإبل والخيل وسواء كانت الجناية قلع عين أو قطع طرف أو غيره وقدر الأرش أن يقوّم بعد الاندمال فيقال: كم يساوي صحيحاً من غير جرح به، وكم يساوي صحيحاً مندملاً فيكون عليه ما بين القيمتين وإنما قوّمنا بعد الاندمال لأنه لا يدري سرايتها ونهايتها، وقال أبو حنيفة: إن كان ينتفع بظهرها ولحمها كالإبل والبقر والخيل فقلع عينها يلزمه نصف قيمتها، وإن قلع إحدى عينيها يلزمه ربع قيمتها استحساناً، واحتج بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه «قضى في إحدى عيني الدابة بربع قيمتها»[1] وهذا غلط لأنها جناية على بهيمة فلا يتقدر أرشها كما على الحمار، وأما ما روي عن عمر رضي الله عنه محمول على أن ذلك قدر ما نقص كما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه «قضى في العين القائمة بثلث الدية»[2] وأراد طريق الحكومة، وحكي عن مالك أنه قال: يلزمه أن يداويها ليبرأ ويقل الغرم وعندنا ليس له ذلك ويمنع، ولو داواها فاندملت وعادت قيمتها كما كانت فلا شيء عليه في ظاهر نص الشافعي ومشهور مذهبه.

فرع آخر

لو قطع ذنب حمار القاضي يلزمه ما نقص، وقال مالك: يلزمه جميع قيمته لأن فيه غضاضة على المسلمين [١٤/ب] ووهناً في الدين، وذكر أصحابه علة أخرى وهي أنه أتلف

---

(١) لم أجده.

(٢) لم أجده.

عليه عوضه لأنه لا يركبه في العادة وهذا غلط لأنه لو خرق ثيابه أو تعدى في قماشه أو جنى على بدنه يسوى بينه وبين غيره، فكذلك في هذه الجناية وهذا لأن الاعتبار في الجنايات بالإتلاف لا بالأغراض فإنه إن لم يصلح له يصلح لغيره فمنفعته باقية. إذا جنى على عبدٍ جناية فإن كان مما لا أرش له مقدر في الحر يلزمه ما نقص فيقوم العبد سليماً ويقوم به هذه الجناية فيضمن ما بين القيمتين فإن كان مما له أرش مقدر في الحر مثل قطع اليد والرجل ونحو ذلك نعتبر أرشه بقيمته كما يعتبر أرش أطراف الحر من ديته فيلزم في إحدى يديه نصف قيمته وفي يديه تمام قيمته هكذا ذكره أصحابنا بالعراق وهو المنصوص، وقال بعض أصحابنا بخراسان: يلزم فيه ما نقص كما قلنا في البهيمة وهذا أقيس، وقال مالك: لا يلزم المقدر في جراحاته إلا في الشجاج الأربع الموضحة والمنقلة والمأمومة والجائفة ويلزم في غيرها ما نقص وهذا غلط لأن كل جناية لها في الحر أرش مقدر كان لها أرش مقدر في العبد كالشجاج الأربع.

فرع آخر

لو غصب عبداً فسقطت يده بأكلةٍ يلزمه ما نقص لأن ضمان الغصب لا يتعلق به وجوب القصاص ولا الكفارة ولا تحمل العقل وكان بمنزلة ضمان الأموال وذكر فخر الإسلام عن بعض أصحابنا أنه يجب فيه نصف قيمته كما في الجناية وهذا غلط لما ذكرنا، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان **أحدهما**: يلزمه ما نقص، **والثاني**: يلزمه الأكثر من المقدَّر الذي يجب بالجناية ومما نقص حتى لو نقص بسقوط اليد من ألف ستمائة غرم ستمائة، وإن نقص عن أربعمائة غرم خمسمائة وهذا حسن غريب.

فرع آخر

لو غصبه وقطع يده فإن قلنا: ضمانهما واحد يلزمه نصف [١٥/أ] قيمته فإن قلنا: بالمذهب إن ضمانهما مختلف يلزمه أكثر الأمرين من نصف قيمته أو ما نقص لأن سبب ضمان كل واحد منهما قد وجد.

فرع آخر

لو غصب عبداً فجاء آخر وقطع يده يلزم الجاني نصف قيمته فإن قلنا: ضمان الغصب والجناية واحد طالب بنصف القيمة الغاصب أو الجاني لأن الغاصب ضمنه باليد، والجاني ضمنه بالجناية فإن غرم الغاصب يرجع به الغاصب على الجاني، وإن غرم الجاني لم يرجع به على الغاصب وإن قلنا: يلزم الغاصب أكثر الأمرين فإن رجع على الغاصب رجع بالأكثر،

ثم إن كان نصف القيمة أكثر مما نقص رجع الغاصب على الجاني بجميعه، وإن كان ما نقص أكثر رجع على الجاني بنصف القيمة ولا يرجع بما زاد عليه وإن رجع صاحبه على الجاني رجع بنصف القيمة فإن كان ذلك أكثر من النقصان لم يرجع به الجاني على الغاصب بشيء، وإن كان نصف القيمة أقل من أرش النقصان رجع صاحبه بالنصف على الجاني ولا يرجع بما زاد عليه إلا على الغاصب.

فرع آخر

لو قطع يدي عبدٍ يلزمه جميع قيمته ويرد العبد إلى صاحبه وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: المالك بالخيار بين أن يترك به العبد ويأخذ منه جميع قيمته فيملكه بها وبين أن يسترده ولا شيء له، وقال أبو يوسف ومحمد: هو بالخيار بين أن يتركه به ويأخذ منه القيمة وبين أن يسترده مع النقصان.

واحتج الشافعي عليه فقال: وكيف غلط من زعم أن الجاني لو جنى على يد واحدة فأبانها ولم يفسد المملوك أخذه مالكه وقيمة ما نقصه وهو نصف قيمته ثم لو زاد الجاني معصية فقطع يديه فأفسده سقط حق المالك عن الجاني ولا شيء عليه إلا أن يسلمه إلى الجاني ليملكه الجاني فأسقط حق المالك بالفساد حين عظم وأثبت الحق له حين صغر وجعل للجاني حق الملك في جميع العبد حين عصى وأفسد ولم يجعل له حق الملك في بعض العبد [١٥/ب] ببعض الفساد حتى يملك نصفه بقطع يد واحدة والله تعالى جعل المالكين أولى بأملاكهم لا يزول عنها ملكهم إلا برضاهم وهذا القول خلاف لأصل حكم الله تعالى بين المسلمين، فإن قيل: أليس يملك الوالد جارية الولد إذا استولدها لأن الاستيلاد كالاستهلاك لجل منافعها، كذلك ها هنا قلنا: حكى المزني قولاً عن الشافعي أن الوالد لا يملكها بالاستيلاد فلا نسلم، وإن سلمنا فذاك لقوة شبهة الآباء وأما قول الشافعي في هذا الفصل: وهذا خلاف المعقول والقياس فإنما فصل بين المعقول والقياس لنكتةٍ وهي أن من المسائل ما يكون حجتها جلية ظاهرة حتى يكاد يلتحق بحجج العقول ويستدركها العاقل ببديهة عقله استدراكاً يستغني معه عن الاشتغال بترشيح القياس وتحريره ورد الفرع إلى أصله. وهذه المسألة من هذه الجملة لأن العاقل متى سمع هذا المذهب الذي ذهب إليه الخصم مع هذا التفصيل الذي فصله غلب على قلبه أنه نوع تحكّم وأن تحرير القياس فيها نوع تكلّف.

فرع آخر

لو كان للرجل عبد فجنى عليه بقطع الأنف أو قلع العين لا يزول ملكه، وقال مالك:

إذا مثل بعبده هكذا يصير حراً وزال ملكه واحتج بقوله ﷺ: «من مثل بعبده فهو حر»[١] وهذا غلط لا تبين به الزوجة فلا يعتق به المملوك أو نقيس على الجناية التي ليست بمثله. وأما الخبر فالمقصود به التغليظ والزجر أو نحمله على ما لو علق عتقه بالمثلة.

فرع آخر

لو غصب عبداً فمات في يده أو قتله يلزمه قيمته بالغةً ما بلغت، وإن زادت على دية حر ووافقنا أبو حنيفة فيه، وإن خالفنا فيما لو قتله وقال: لا تزاد قيمته على عشرة آلاف درهم وينقص عنها عشرة دراهم، ولا فرق في هذا الحكم بين العبد القن والمدبر وأم الولد، وقال أبو حنيفة: لا تضمن أم الولد باليد وخالفه صاحباه وهذا غلط لأنه تضمن قيمتها بالجناية فتضمن باليد كالقن.

فرع آخر

لو قطع المالك إحدى يديه في يد الغاصب كان استيفاءً لأقل الأمرين من نصف القيمة المقدرة في إحدى [١٦/أ] اليدين شرعاً أو ما نقص من قيمته وكان ما بقي بعد أقلهما مضموناً على الغاصب، فإن نقص من قيمته ثلثاها أخذ الغاصب بعد رده مقطوعاً يغرم السدس من قيمته لأنه نقص زائد في يده، ولو أعتقه السيد كان قبضاً يبرأ من ضمانه، ولو كاتبه لم يبرأ إلا أن يعتق بالأداء فيبرأ.

فرع آخر

لو تراضى الغاصب والمالك على أخذ القيمة عن ضمان المغصوب مع القدرة على المثل وجهان بناءً على الوجهين في جواز أخذ أرش العيب مع القدرة على رد المعيب.

مسألة: قال: ولو غصبَ جاريةً تُساوي مائةً فزادتْ في يدِهِ بتعليمٍ منه[٢].

الفصل

وهذا كما قال: إذا غصب شيئاً فزاد في يده مثل أن كانت جارية فسمنت أو تعلمت القرآن أو كان عبداً فتعلم صنعةً فإن هذه الزيادة مضمونة في يده كما لو كانت موجودة يوم الغصب فإن كانت الزيادة قائمة يردها بزيادتها ولا شيء عليه، وإن ذهبت الزيادة بأن هزلت

---

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٤/ ٤٠٩).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧/ ١٤٦).

أو نسيت الصنعة أو القرآن فعادت قيمتها إلى أقل من ذلك فعليه ضمان ذلك النقص وبه قال أحمد.

وقال أبو حنيفة ومالك: لا يضمن هذا النقصان إلا أن يطالبه بالرد وقت الزيادة فيمتنع وهذا غلط لأنها زيادة في عين المغصوب فيضمنها كما لو طالبه بردها فلم يردها مع الإمكان، فإذا تقرر هذا لو كانت قيمتها مائة فسمنت فبلغت قيمتها ألفاً ثم تعلمت القرآن فبلغت قيمتها ألفين ثم ذهب السمن ونسيت القرآن فعادت قيمتها إلى مائة ردها ورد معها ألفاً وتسعمائة، ولو زادت ثم نقصت ثم زادت ثانياً لم تخل الزيادة من أحد أمرين إما أن تكون من جنس الأولى أو من غيرها، فإن كانت من غيرها بأن سمنت فبلغت ألفاً ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم تعلمت القرآن فصارت قيمتها ألفاً ردها بحالها ورد معها تسعمائة لأن هذه الزيادة غير التي ذهبت وهكذا لو تعلمت فبلغت ألفاً ثم نسيت فعادت إلى مائة ثم سمنت فعادت إلى ألف ردها وضمن ما نقص، وإن كانت الزيادة [١٦/ب] من جنسها مثل أن سمنت فبلغت ألفاً ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم سمنت فبلغت ألفاً ردها بحالها وهل يلزمه ما نقص؟ وجهان:

أحدهما: يلزمه ذلك لأن هذه الزيادة غير الأولى فهي كالجنسين وصار كما لو ولدت المغصوبة ولداً فمات في يد الغاصب، ثم ولدت ولداً آخر لزمه ردها مع ولدها ويلزمه قيمة الولد التالف.

والثاني: لا يلزمه شيء لأن ما قدَّرناه تالفاً قد عاد فعلى هذا إن عادت فبلغت قيمتها ألفاً أو أكثر ردها ولا شيء عليه، وإن عاد إليها بعض ما ذهب منها سقط بقدر ما عاد إليها وضمن ما بقي، وقال القاضي الطبري: هذان الوجهان مبنيان على القولين فيمن أتلف سنّ من قد ثغر ودفع الأرش ثم نبت السن هل يسترد الأرش؟ قولان وعلى هذا إذا كانت سمينة فهزلت في يده حتى صارت قيمتها مائة، ثم سمنت فعادت إلى ألف ثم ردها بسمنها هل يلزمه النقصان على الوجهين؟.

فرع

لو تعلمت القرآن فبلغت قيمتها ألفاً ثم نسيت فعادت قيمتها إلى مائة، ثم تعلمت القرآن الذي نسيت فبلغت قيمتها ألفاً ردها بحالها وهل يلزمه النقصان؟ من أصحابنا من قال: فيه وجهان أيضاً، ومن أصحابنا من قال: ها هنا وجه واحد أنه لا يلزمه النقصان لأنه يعود العلم الذي كان بخلاف السمن العائد فإنه غير العين الأول قال هذا القائل: ولهذا لو مرض العبد في يد الغاصب ثم برئ لا يضمن ما نقص، وكذلك لو حملت الجارية ونقصت قيمتها

بالحمل ثم وضعت وعادت قيمتها إلى ما كانت لا يضمن نقص الحمل، ولو تعلمت غير ما نسيت حتى رجعت قيمتها إلى ما كانت لا يزول ذلك الضمان وجهاً واحداً، ومن أصحابنا من قال في السمن إذا عاد لا يزول الضمان السابق بالهزال قولاً واحداً وفي مسألة التعليم وجهان وهذا اختيار القفال.

فرع آخر

قال ابن سريج تفريعاً على هذا: لو غصب زجاجةً تساوي درهماً فاتخذها قدحاً يساوي عشرة فانكسر القدح فصار يساوي درهماً ثم أعاده قدحاً [١٧/أ] يساوي عشرة ثم انكسر أيضاً فصار يساوي درهماً، ثم أعاده قدحاً فصار يساوي عشرة يرد القدح وثمانية عشر درهماً، وفيه وجه آخر لا يضمن شيئاً لأن اتخاذ القدح من فعله وفعله الثاني كفعله الأول بخلاف السمن.

فرع آخر

قال في «الحاوي» تفريعاً على هذا: لو غصب جارية تساوي ألفاً فمرضت حتى صارت إلى مائة، ثم برأت حتى صارت ألفاً، ثم مرضت حتى صارت مائة فيه وجهان **أحدهما**: يضمن النقص مرةً، **والثاني**: يضمن النقص كل مرة.

فرع آخر

لو غصب عبداً سميناً يساوي ألفاً فهزل أو أهزله حتى ذهب سمنه فزادت قيمته بالهزال أو لم ينقص قيمته لفرط سمنه لا شيء عليه لأن ما نقص منه لا قيمة له، كما لو قلَّم أظفاره أو حلق شعر رأسه، فإن قيل: أليس لو غصب عبداً فخصاه فزادت قيمته بالخصا يلزمه رده وجميع قيمته عندكم فما الفرق؟ قلنا: الفرق أن للخصيتين قيمة مقدرة بالشرع فأوجبنا فيه جميع القيمة بالشرع دون التقويم، ولهذا لو قطع إحدى الخصيتين ونقص أكثر من نصف القيمة في غير الغصب يلزمه نصف القيمة اعتباراً بالشرع دون التقويم وليس كذلك ما نقص من السمن لأنه لا قيمة له في الشرع ولا في السوق فإذا لم ينقص لا يضمن.

فرع آخر

لو قطع منه إصبعان زائدة فبرئ، أو زادت قيمته، أو لم تزد قال ابن سريج: لا شيء عليه لما ذكرنا أنه لا قيمة له في الشرع ولا في السوق، وقال أبو إسحاق: يلزمه ما نقص ويقوَّم قبل البرء والدم سائل والجراحة سائلة حاصلة قال: ولا أقوّم قبل البرء إلا في هذه

المسألة للضرورة وهي أن لا تهدر الجناية.

فرع آخر

لو زادت قيمتها بتعليم الغناء ثم نسيت الغناء فانتقصت قيمتها لا يضمن لذلك النقصان شيئاً ذكره أصحابنا وكذلك كل ما تحسن من محرم، وقال بعض أصحابنا بخراسان: يضمن النقصان ها هنا ولا فرق بين أن تكون الزيادة بتعليم مباح [١٧/ب] أو محرم لأن قيمتها قد ترتفع بصنعة محظورة كما ترتفع بصنعة مباحة وهذا أقيس والأول أظهر.

فرع آخر

لو كان النقصان من جهة السوق مثل أن غصب جارية تساوي مائة فغلا السعر وعزَّت الجارية يردها ولا شيء عليه، وقال أبو ثور: يضمن هذا النقصان أيضاً وهذا غلط لأنه لم يحصل النقص في عينها ويستحيل وجوب الضمان بقلة الرغبات فيها بعد كثرة الرغبات فيها فإن قال قائل: أليس لا يفترق الحكم بين أن يحصل التعليم من الغاصب وبين أن يحصل من غيره فما بال الشافعي قيد كلامه بتعليم الغاصب حيث قال: فزادت في يده بتعليم منه قلنا: إنما قيد بهذا التعيين التقييد قطعاً لنوعين من التوهم **أحدهما**: أن الغاصب إذا باشر تعليمها ربما يتوهم أنها إذا نسيت ما تعلمت من الغاصب لم يغرم الغاصب نقصان ذلك لحصول تلك الزيادة من جهته، **والثاني**: أن الغاصب ربما يتوهم أن له بتعليمها على مالكها أجرة المثل حتى يحسبها له في قصاص النقصان عند التراجع فبين الشافعي أنه لا يستحق أجراً تصرف في ملك الغير متبرعاً بغير إذن، وعلى هذا لو زادت قيمتها بحسن اغتذائه وتربيته إياها ثم تراجعت كان حكم الاغتذاء حكم التعليم، فإن قيل: لم قيد الشافعي بمال الغاصب حيث قال: واغتذاء من ماله ولا فرق في الحكم بين أن يكون الاغتذاء من ماله أو من مال غيره؟ قلنا: الجواب ما ذكرنا من قطع التوهمين.

فرع آخر

لو غصب عبداً فصاد به فالصيد للمغصوب منه لأن يده لسيده، وهل على الغاصب أجرته في مدة صيده؟ وجهان **أحدهما**: يلزمه لأنه غاصب، **والثاني**: لا يلزمه لأن السيد صار إلى منافعه في ذلك الزمان.

فرع آخر

لو كان المغصوب كلباً أو فهداً ففي الصيد وجهان **أحدهما**: للغاصب لأنه المرسل

وعلى هذا يلزمه أجرة الفهد، وفي أجرة الكلب وجهان والوجه الثاني أنه للمالك تغليب للملك وعلى هذا يلزم الغاصب أجرة ذلك في زمان صيده وجهان على ما ذكرنا.

مسألة: قال: وكذلكَ [١٨/أ] هذا في البيعِ الفاسدِ[(١)].

وهذا كما قال: معناه إذا اشترى جارية شراءً فاسداً وقبضها دخلت في ضمانه كما يدخل المغصوب بالغصب في ضمان الغاصب وقد ذكرنا هذا في كتاب البيع وبينا أن هذا يدل على أن زيادة المبيع مضمونة على المشترى شراءً فاسداً بخلاف ما قال بعض أصحابنا وهو اختيار ابن أبي هريرة، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان وفيه نظر، فإن قال قائل: يحتمل أن يكون هذا التشبيه راجعاً إلى أصل الضمان لا إلى كيفية الضمان قلنا: هذا محتمل ولكن أظهر الاحتمالين ما ذكرنا وهو أنه شبهها بالمغصوبة في أصل الضمان وفي كيفية الضمان أيضاً وهذا لأنه زيادة عينٍ نُهي عن إمساكها ووجب ردها على صاحبها، فإن قيل: إذن البائع له بالإمساك فينبغي أن لا يضمن له قلنا: إنما أذن بشرط أن يسلم له العوض، فإذا لم يسلم لم يرض أن تكون العين في يده فكان في الضمان بمنزلة المغصوب وقيل: أراد الشافعي بقوله هذا: بيع الغاصب لا كل بيع فاسد وقد صرح الشافعي هذا ولم ينقله المزني وهذا غير صحيح عندي.

مسألة: قال: والحكُم في ولدِهَا الذينَ ولدوا في الغصبِ كالحكمِ في بدنِهَا[(٢)].

وهذا كما قال: ولد المغصوبة مضمون على الغاصب سواء غصبها حاملاً أو حائلاً ثم حدث الحمل، وسواء أمكنه رده على صاحبه أو لم يمكنه وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة ومالك: لا يضمن الولد إلا بالامتناع من الرد بعد المطالبة، وحكي عن مالك أنه فرق بين أن تكون وقت الغصب حاملاً أو حائلاً وهذا غلط لأن كل ولد حدث في يده لغيره من عين نُهي عن إمساكها يجب أن يكون مضموناً كولد الصيد في حق المحرم وولد المبيعة بيعاً فاسداً مضمون على المشتري وقد ذكرناه في كتاب البيع. فإن قيل: أليس الشافعي لما جاء إلى ذكر الولد خص ولد الغصب قال: والحكم في ولدها الذين ولدوا في الغصب فيجب أن لا يضمن ولد المبيعة بيعاً فاسداً قلنا: ذكر حكم الجارية المغصوبة وعطف عليها حكم البيع الفاسد ثم ذكر الولد بعد ذلك [١٨/ب] فاستغنى بالتشبيه السابق في الأم عن إعادة ذلك التشبيه في الولد.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/١٤٩).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧/١٤٩).

مسألة: قال: ولو باعَها الغاصبُ فأولدهَا المشتري[١].

الفصل

وهذا كما قال: في هذا الفصل مسألتان الأولى إذا غصب جارية وباعها فوطئها المشتري. والثانية إذا وطئها الغاصب والأولى مبنية على الثانية فيقدم الثانية ثم نذكر الأولى فالرجل إذا غصب جارية ووطئها لا يخلو من ثلاثة أحوال إما أن يكونا جاهلين بالتحريم، أو عالمين به، أو أحدهما: عالماً والآخر جاهلاً فإن كانا جاهلين به مثل أن أسلما حديثاً أو كانا في بادية نائية عن بلد الإسلام أو قالا: كنا نرى إباحة الوطئ إذا كانت مضمونة عليه فلا حد على واحدٍ منهما لقوله ﷺ: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»[٢] ويجب المهر على الواطئ لأن كل وطء سقط فيه الحد للشبهة يجب به المهر ثم ينظر، فإن كانت بكراً يلزمه أرش البكارة أيضاً، وإن كانت ثيباً فلزم المهر وحده ويلزمه أجر مثلها من حين الغصب إلى حين الرد، وإن أحبلها يلحق به النسب.

وإذا ولدت يلزمه أرش ما نقصته الولادة، وأما الولد فإن وضعته حياً فالولد حر وعليه قيمته حين الولادة لأنه أول وقت إمكان التقويم، وإن وضعته ميتاً فلا شيء عليه لأنا لا نعلم حياته قبل ذلك ولأنه لم يحل بينه وبينه وإنما يجب التقويم لأجل الحيلولة وإن ضرب أجنبي بطنها فألقته ميتاً فعليه دية الجنين الحر غرةٌ عبدٌ أو أمةٌ قيمتها عُشر دية أمه لو كانت حرة والغرة للواطئ لأنه وارثه ولا شيء لأمه لأنها مملوكة وللسيد على الغاصب ضمان جنينها لو كان مملوكاً وهو عُشر قيمة أمه لأنه كان من سبيله أن يكون له لو كان مملوكاً، ولما أحبلها بحرٍ حول ما كان يكون للسيد إلى نفسه فألزمناه قيمة جنينها لو كان مملوكاً فيكون للغاصب على الضارب الغرة خمسون ديناراً وللسيد على الغاصب عُشر قيمة أمه فقابل بين هذا وبين الغرة فإن كانا سواء أخذ السيد ذلك وانصرف، وإن كانت القيمة أكثر [١٩/أ] فعلى الغاصب التمام، وإن كانت القيمة أقل أخذ السيد القيمة وما فضل من الغرة للغاصب، ولو ضربها الغاصب فألقته ميتاً يجب عليه عشر قيمة أمه لسيدها أيضاً لأنه يضمن بالجناية ما يضمنه الأجنبي بجنايته هكذا ذكره أصحابنا.

وأما الأمة فإن كانت قائمة ردها على سيدها ورد معها ما أوجبناه عليه من مهر وأجرة وأرش نقصٍ، وإن كانت تالفة عليه قيمتها ورد ذلك معها إلا شيئين أرش البكارة وما نقصته

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ١٥١).

(٢) تقدم تخريجه.

الولادة لأن هذا يدخل تحت تقويمها لأن التقويم أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف. وإن كانا عالمين بالتحريم فعليها الحد ويلزمه المهر إن أكرهها، وإن طاوعته فالمنصوص أنه لا مهر لأنها بغي «ونهى رسول الله ﷺ عن مهر البغي»[(١)] وفيه قول مخرج يلزمه المهر هكذا قال أصحابنا بالعراق، وقال بعض أصحابنا بخراسان: النص في هذا الموضع يدل على الإيجاب وهو اختيار ابن الحداد لأن الشافعي أوجب المهر مع الحد على الغاصب ولم يتعرض للفصل بين الطواعية والكراهية والفرق أن بضع الأمة ملك لسيدها ولم يوجد من السيد الرضا بسقوطه بخلاف الحرة، ولهذا لو أباحت الحرة قطع يدها واندملت سقطت دية اليد، ولو أباحت الأمة قطع يدها لا تأثير لإباحتها ويجب الأرش والصحيح ما سبق وقد ذكرنا فيما قبل أن المهر، وإن كان للسيد إلا أن لها طريقاً إلى إسقاطه بالرضاع والردة قبل الدخول فكذلك بهذا السبب، وإن أحبلها لم يلحقه النسب والولد مملوك فإن خرج حياً فهو مضمون في يده يرده إلى سيده إن كان باقياً ويلزمه قيمته إن كان تالفاً، وإن خرج ميتاً نقل المزني أنه يلزمه الضمان فقال: قال الشافعي: ويلزمه قيمة من كان منهم ميتاً، واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق: لا يلزمه ضمانه لأنا لا نعلم حياته والذي نقله المزني أراد إذا خرج حياً ثم مات في يده ويفارق حالة الجناية لأنها مباشرة يتعلق الحكم بها وهذا أقيس.

وقال جماعة أصحابنا: يضمن [١٩/ب] قيمته لو كان ميتاً وهو ظاهر النص لأنه مملوك والمملوك يضمن باليد وقد ثبت اليد عليه قبل ظهوره ويفارق هذا إذا كان الولد حراً أو خرج ميتاً لا يضمن لأن الحد لا يضمن باليد إذ لا يثبت عليه اليد، ولو ضرب أجنبي بطنها فألقت جنيناً ميتاً يلزمه عشر قيمة أمه لسيدها ولا حق للغاصب فيه لأنه مملوك ويفارق هذا إذا كان حراً لأن الواجب فيه الدية فلهذا ورثها الغاصب، وأما الأمة فإن كانت قائمة ردها وما ذكرنا من أرش النقصان بالولادة وغيره ولا فرق بين أن يبلغ قيمة ولدها قدر نقصانها بالولادة وبين أن تتقاصر عن ذلك أو تزيد ولا يجبر نقصان الأم بالولد بحالٍ.

وقال أبو حنيفة: إذا نقص من قيمة الأم مائة وبلغ قيمة الولد مائة رد الأم والولد ولا يغرم من نقصان الأم شيئاً وهذا غلط لأنه لو غصب شجرةً فغرسها الغاصب في ملكه فأثمرت ثمرةً تقطعت بها أغصانها وانتقصت قيمتها عليه أرش ما نقص منها مع رد العين والثمرة ولا

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب ثمن الكلب (٢٢٣٧) ومسلم في المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي (١٥٦٧) والترمذي في النكاح عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في كراهية مهر البغي (١١٣٣).

يجبر نقصان الشجرة بالثمرة كذلك ها هنا، وإن كانت تالفة رد قيمتها وجميع ما وجب إلا شيئين أرش البكارة ونقصان الولادة على ما ذكرنا. وإن كان أحدهما: جاهلاً والآخر عالماً فإن كان الجاهل هو الواطئ فإن أكرهها لها المهر والحكم كما لو كانا جاهلين وقد مضى بيانه، وإن طاوعته فالحكم كما لو كانا عالمين إلا في الحد عليها والمهر على المذهبين على ما ذكرنا، فإن كان العالم هو وهي جاهلة فالحكم كما لو كانا عالمين إلا في فصلين سقوط الحد عنها والمهر يجب قولاً واحداً.

وأما المسألة الأولى وهي إذا باعها للغاصب فوطئها المشتري فالكلام في ثلاثة فصول فيما يجب من الضمان وفيمن يضمن وفي الرجوع به، فأما ما يجب من الحد والضمان فالحكم في المشتري كالحكم في الغاصب حرفاً بحرفٍ إلا أن الجهالة في حق المشتري أكثر لأنه قد لا يعلمها مستحقة والولد [٢٠/أ] سقط ميتاً ها هنا لا ضمان على ما ذكرنا في كتاب البيع ولا تصير الجارية أم ولد له قبل أن يملكها.

وقال المزني: تصير أم ولد له ويقوّم عليه ولا ترجع منه للحوق ولدها بها في شبهة ملك بخلاف الغاصب وهذا غلط لأن ولدها يلحق بالغاصب أيضاً عند الشبهة ولم يوجب ذلك تقويمها عليه فكذلك على المشتري، وأما التضمين فكل ما وجب بفعل المشتري فللسيد أن يرجع به على من شاء منهما فيرجع به على المشتري لأنه وجب بفعله، ويرجع به على الغاصب لأنه سبب يد المشتري ولا يرجع على المشتري بما وجب بفعل الغاصب قبل التسليم بلا خلاف على المذهب.

وأما الكلام في الرجوع نظر، فإن رجع السيد على المشتري رجع بأرش البكارة وما نقصته الولادة، وإن كانت تالفة فقيمتها وقيمة الولد والمهر وأجرة المثل فإذا أخذ ذلك منه فهل يرجع على الغاصب؟ فإن كان قد دخل مع العلم بالغصب لم يرجع بشيء لأنه غرَّ نفسه، وإن كان جاهلاً بالغصب فهل يرجع المشتري عليه بذلك؟ قد ذكرنا فيما مضى أن هذا على ثلاثة أضربٍ منها ما لا يرجع به عليه قولاً واحداً وهو كل ما دخل على أنه يملكه بعوضٍ وهو أرش البكارة وما نقصته الولادة وقيمتها إن تلفت لأنه قد دخل في العقد على أنه يتلف من ضمانه بعوض وبدل الثمن بمقابلة ذلك فلا يرجع بعوضه على أحد بل يرجع بالثمن الذي دفعه إليه، وكذلك لو حدث بها نقص فغرمه أرش النقص لا يرجع عليه لأنه عوض جزء من العين ولا يرجع عليه بما يغرم من بدل العين.

وحكي عن ابن سريج أنه قال: لو قلنا: يرجع بما يغرم من أرش النقص فله وجه وذلك أن من اشترى شيئاً وقبضه فذلك القبض موجب عليه ضمان الكل دون ضمان النقص

والعيب وكذلك البائع قبل القبض يضمن الكل لا البعض وبيان [٢٠/ب] هذا أنه لو تلف في يد البائع لزمه رد الثمن، وإن دخله نقص فليس للمشتري أن يقول: استرد الثمن مع نقص العيب بل إن شاء المشتري زده، وإن شاء أخذه ناقصاً ودفع كل الثمن وفي ضده لو حدث عيب في يد المشتري ثم وجد البائع بالثمن عيباً فرده فليرض بالمبيع يسترده وليس له أرش النقص وبمثله لو تلف عند المشتري استرد البائع كمال قيمته إذا رد الثمن بالعيب. كذلك ها هنا ومنها ما يرجع به قولاً واحداً وهو ما دخل على أنه يستفيد بغير بدل فأخذ منه بدله ولم يحصل له في مقابلة الغرم نفع وهو قيمة الولد فقط لأنه أخذ منه قيمته وولده حر لا ينفعه ولأنه لم يتلفه ولا تلف بإمساكه وحيلولةً من جهته وإنما تلف بالشرع بتدليس من جهة الغاصب وعقد البيع الذي جرى بينهما اقتضى أن لا يكون الولد مضموناً على المشتري فكان له الرجوع به ومنها ما هو على قولين وهو ما دخل على أنه بغير عوض فأخذ منه بدله وحصل له بمقابلته منفعة وهي المهر غرمه وحصل له الاستمتاع والأجرة غرمها وحصلت له الخدمة في مقابلتها فهل يرجع المشتري بذلك أم لا؟ فيه قولان قال في «القديم»: يرجع لأنه غرَّه، وقال في الجديد: لا يرجع وبه قال أبو حنيفة لأنه وإن غرم فقد حصل له في مقابلة الغرم نفع وأتلف المنفعة بفعله وهذا ظاهر المذهب والفتوى عندي القول الأول.

ومن أصحابنا من عدَّ في هذه الجملة أرش البكارة أيضاً وقال: فيه قولان هل يرجع به أم لا؟ ومن أصحابنا من قال في الأجرة: ينظر إن كان استهلك منافعها فعلى ما ذكرنا، وإن لم يكن استهلكها يرجع بما غرم من الأجرة قولاً واحداً لأن منافعها تلفت من غير صنع من جهته فهي كقيمة الولد وهذا غلط لأن إمساك العين حيلولة بين المنافع وبين صاحبها وإتلاف لها، فلا فرق بين أن يباشر إتلافها أو لا وهذا [٢١/أ] إذا رجع على المشتري فإن رجع على الغاصب فهل يرجع الغاصب على المشتري أم لا؟ يُبنى على رجوعه بذلك على المشتري فكل ما لو رجع به على المشتري رجع المشتري به على الغاصب فالغاصب لا يرجع به عليه إذا أخذ منه وكل ما لو رجع به على المشتري لم يرجع به المشتري على الغاصب، فإذا أخذ من الغاصب رجع الغاصب به على المشتري لأن الضمان استقر على المشتري.

فرع

لو كان الغاصب آجرها مدةً معلومةً فإن المالك يرجع على المستأجر بأجرة مثلها، ثم هو يرجع على الغاصب بالمسمى الذي دفع إليه ولا يرجع بأجرة المثل التي غرمها للمالك لأنه دخل فيه على أن تكون المنافع مضمونة عليه، وإن تلفت الجارية في يد المستأجر من

غير فعله أو نقصت فعلى المستأجر للمالك قيمتها أو ما نقص منها ويرجع على الغاصب قولاً واحداً، لأن مقتضى العقد الذي تعاقداه أن لا يكون ذلك مضموناً عليه وإن أتلفها أو نقصها بجناية من جهته غرّمه ولا يرجع به على الغاصب ولو كان الغاصب أودعه إياها أو وكله في بيعها فتلفت في يده أو نقصت يرجع على الغاصب بما تغرم من القيمة وأرش النقص والأجرة.

فرع آخر

لو أن هذا المشتري من الغاصب وطئها جاهلاً لا يغرم إلا مهراً واحداً، وإن كان قد وطئ مراراً لأن الشبهة واحدة، ولو وطئها ثم علِمها مغصوبة ثم غلط بها مرةً أخرى ووطئها يلزمه مهران لأن الشبهة الأولى قد ارتفعت، ونظيره ما قال أصحابنا في السارق: إذا نقب وأخرج أقل من نصاب ثم أخرج شيئاً آخر حتى تم النصاب، فإن لم يكن أطلع المالك على الأمر فالكل سرقة واحدة ويلزمه القطع، وإن علم المالك وسد النقب ثم عاد السارق ونقب ثانياً وأخرج ثانياً لا يقطع إذا كان في كل دفعةٍ دون [٢١/ب] النصاب لأنهما سرقتان، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجه آخر يلزمه بكل وطئٍ مهر جديد وهذا ليس بشيء.

مسألة: قال: فإنْ كانَ ثوباً فأبلاهُ المشتري[1].

الفصل

وهذا كما قال: هذه المسألة مثل مسألة الجارية ولكنهما تختلفان في الصورة وفيه أيضاً مسألتان إحداهما إذا لبسه الغاصب، والثانية إذا اشتراه غيره ولبسه. فأما الأولة نقول: لا يخلو من أربعة أحوالٍ إما أن لا ينقص في يد الغاصب ولم يمض مدة لمثلها أجرة أو مضت مدة لمثلها أجرة من غير نقصٍ، أو نقص من غير مضيّ مدة لمثلها أجرة أو نقص في يده رده على المالك ولا شيء عليه، وإن مضت مدة من غير نقصٍ مثل إن كان شيئاً من الفرش والذلالي ونحوها رد الأجرة معه ولا شيء عليه غيرها، وإن نقص من غير مدة مثل إن كان ثوباً ينقص باللبس كالدبيقيّ والشَّهجاني والقصب نشره وقطع تنور القصب فعليه ما نقص ولا أجرة فإن حصل الأمران معاً مضى مدة ونقص لم يخل النقص من أحد أمرين إما أن يكون بالاستعمال أو بغير استعمال، فإن كان بغير استعمالٍ مثل أن كان من القصب فقطع التنور ولم يستعمله ونحو هذا فعليه الأجرة وما نقص معاً، وإن كان النقص تحت الاستعمال مثل إن كان فرشاً فاستعمله فذهب من الأجزاء بعضها تحت الاستعمال فهل يضمن النقص

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ١٥٦).

والأجرة معاً؟ نقل المزني أنه يرده وما بين قيمته صحيحاً يوم غصبه وقيمته وقد أبلاه فأوجب النقص ولم يتعرض للأجرة، وقال فيمن غصب داراً فسكنها يلزمه أجرة مثلها ولم يتعرض للنقص فاختلف أصحابنا في هذا فمنهم من قال: يلزمه أكثر الأمرين من الأجرة أو النقص ويدخل الأقل منهما في الأكثر لأنهما تجبان بمعنًى واحدٍ وهو اللبس فلا يجوز أن يجمع بينهما أو استهلاك الأجزاء في مقابلة الأجرة كما في الإجارة ويفارق العبد إذا غصبه [٢٢/أ] ومضت مدة هُزل فيها بدنه تلزمه الأجرة مع أرش الهُزال بلا خلافٍ لأن استخدام العبد لا يوجب هُزاله واستعمال الثوب يوجب بلاه قال هذا القائل: والشافعي نص في الثوب على ما نقص دون الأجرة لأنه في الغالب يكون أكثر من الأجرة ونص في الدار على الأجرة لأنها أكثر من النقص في الغالب، ومنهم من قال: وهو الأصح والمذهب تجب عليه الأجرة مع أرش النقص كما لو كان النقص لا بالاستعمال ولأن الأرش عوض ما أتلفه من أجزاء الثوب والأجرة عوض ما أتلفه من المنافع فاختلف موجبهما فيجتمعان.

وقال القاضي الطبري: نص الشافعي في السير ما يدل على هذا فقال: لو أخذ بعض الغانمين من الغنم غنماً أو بعيراً وذبحه واتخذ من جلوده دلاءً ونعالاً ودرقاً ردها في المغنم ورد أجرة المثل وأرش ما نقص قيمتها ويحتمل أنه أراد ما نقص بالذبح وتقطيع الجلود دون الاستعمال، فإذا قلنا: يلزمه أكثر الأمرين نظر، فإن كانت الأجرة أكثر ولو حبةً لزمت ودخل فيها أرش النقص، وإن كان أرش النقص أكثر ولو حبةً لزم ودخلت الأجرة فيه، وإذا قلنا: يجب كلاهما فعليه أجرة المثل إلى حين الرد.

وأما النقص فعليه أكثر ما نقص من حين الغصب إلى حين البلى لأنه أجزاء تلفت في يد الغاصب فعليه أكثر ما كانت قيمته من حين الغصب إلى حين التلف ولا يرعى زيادة القيمة بعد تلف الأجزاء كما لا يُراعى زيادة قيمة الثوب بعد تلفه، فعلى هذا لو غصب ثوباً قيمته عشرون فتراجع بإتلاف الاستعمال إلى عشرة ثم تراجع من جهة السوق إلى خمسة ثم رده يلزمه عشرة وهذا لأنه لا يغرم نقصان السوق مع رد العين، وذكر المزني هذه المسألة في «الجامع الكبير».

وذكر عن الشافعي أنه قال: عليه أكثر ما كانت قيمته من حين الغصب إلى حين الرد ثم قال: هذا غلط بل عليه أكثر ما كانت قيمته من حين الغصب إلى حين البلى قال ابن سريج: الأمر على ما قلت وهو مذهب الشافعي وعليه نص غير أنك نقلت إلى [٢٢/ب] جامعك الكبير كلاماً لا نعرفه للشافعي واعترضت عليه وقد قال الشافعي ها هنا وبيّن قيمته وقد أبلاه ومعناه حين أبلاه دون ما بعده فليس ها هنا خلاف.

وذكر ابن الحداد نحو ما حكى المزني عن الشافعي مع الاعتراض عليه فقال: لو كانت قيمته عشرة فتراجعت بالبلى إلى خمسة لأن القدر الذي بلى ما زادت قيمته من يوم الغصب إلى يوم التلف على خمسةٍ فما حدث من الزيادة بالسوق في الباقي لا يقال: إن القدر الباقي لو كان باقياً يحدث فيه مثله فيجب الغرم على التوهم، ولكن لو تراجعت أولاً بالسوق إلى عشرةٍ من عشرين وبالبلى إلى خمسةٍ ثم رده يضمن عشرة لأنه أتلف بالبلى نصف الثوب وهذا النصف أكثر ما كانت قيمته من يوم القبض إلى يوم التلف عشرة وفرع ابن سريج على ما ذكرنا فرعين فقال: فإن اختلفا فقال الغاصب: زيادة السوق كانت بعد البلى فلا شيء عليّ، وقال المالك: كانت حين الاستعمال قبل البلى فالقول قول الغاصب لأنه غارمٌ، ولو غصبه ثوباً ثم هلك في يده وقد كانت السوق زادت ونقصت فاختلفا فقال المالك: زادت قبل التلف فعليك الزيادة، وقال الغاصب: بل بعد التلف فلا أضمن الزيادة فالقول قول الغاصب لأنه غارمٌ.

وقال ابن سريج: هذا مخرَّجٌ وفيه نظر قال أصحابنا: هذا صحيح لا نظر فيه لأنه لا شبهة في أن القول قول الغارم عند الاختلاف والأصل براءة الذمة. وأما إذا باعه الغاصب فأبلاه المشتري وهي المسألة الثانية فالكلام فيها في ثلاثة فصول أيضاً في الواجب ومن يضمن الواجب والرجوع فيه، فأما الواجب فكل ما حصل بفعل المشتري فالحكم فيه كما لو حصل في يد الغاصب وقد ذكرناه، وأما من يضمن فكل ما حصل بفعل الغاصب قبل إقباضه فالضمان عليه وحده لا يرجع به على المشتري وما حصل بفعل المشتري فللمالك أن يرجع به على من شاء منهما من المشتري والغاصب. [٢٣/أ] فإن قيل: فما تقولون في نقل المزني ها هنا أخذه من المشتري وما بين قيمته صحيحاً يوم غصبه وبين قيمته وقد أبلاه فاعتبر قيمته يوم الغصب في تغريم المشتري وهذا يوجب ضمان النقصان الحادث في يد الغاصب على المشتري؟ قلنا: صوَّر الشافعي المسألة حيث يستوي قيمته يوم الغصب وقيمته قبض المشتري لا بحيث يفضل قيمته يوم الغصب قيمته يوم القبض.

والثاني: لعل الشافعي سمى قبض المشتري غصباً لأنه يضمن بالقبض ما يضمن الغاصب بالغصب فلا يبعد أن يسمى قبضه بهذا الاسم.

الثالث: تأويله أنه غصبه وباعه في الحال ولم يحدث في يد الغاصب نقص.

والرابع: لم يرد به الرجوع على المشتري بل أراد به أن للمالك الرجوع بذلك وعلى من يرجع فإنه على ما بينه في غير هذا الموضع قال أبو حامد: وقد ذكر في «الأم» ما يدل على هذا فقال: يأخذه من المشتري وله ما بين قيمته صحيحاً يوم غصبه وقيمته وقد أبلاه فقد

أخبر أن هذا للمالك ولم يقل على من يرجع به المالك، وقد حذف المزني قوله: وله.

والخامس قال القاضي أبو علي البدنيجي: كل هذا ظلم والمزني إنما قال: وله ما بين قيمته يوم قبضه ولم يقل يوم غصبه وغلط الكاتب، وأما الكلام في الرجوع فإن ضمن المشتري هل يرجع على الغاصب؟ فهو على ما ذكرنا في أرش النقص لا يرجع وفي الأجرة قولان، وإن ضمن الغاصب فعلى ما ذكرنا.

فرع

لو تزوج بجارية ووطئها ثم استحقت وغرم الناكح مهر المثل، قال بعض أصحابنا بخراسان: لا يرجع به على الغاصب المزوّج قولاً واحداً بخلاف المشتري ها هنا على أحد القولين فإنه يرجع به على الغاصب، والفرق أن الزوج دخل في العقد على أن يضمن منافع البضع بالعوض والمشتري لم يدخل على أن يضمنه قال: ويفارق أيضاً مسألة الغرور بالحرية في نكاح الأمة إذا فسخ النكاح وغرم المهر هل يرجع على الغارّ بذلك المهر؟ قولان لأن الملك حصل له هناك ثم لما فسخ قطع على نفسه ذلك الملك [٢٣/ب] بسبب العيب والغرور وها هنا في المستحقة لم يستحق الواطئ الوطئ فأتلف من غير استحقاق حتى إن كان الرجل ممن لا يحل له نكاح الإماء وغُرَّ من أمة فلم يصح النكاح ووطئ وغرم المهر لم يرجع بذلك على الغارّ قولاً واحداً كالمستحقة سواء وفي هذا نظر ويحتمل خلافه.

مسألة: قال: ولستُ أنظرُ في القيمةِ إلى تغيرِ[1] الأسواق وإنما أنظرُ إلى تغيرِ الأبدانِ.

وهذا كما قال: قد بينا أن تغير السوق لا يوجب الضمان ما دام العين باقياً خلافاً لأبي ثور لما ذكرنا أنه ليس بنقصان عين ولا أثر ويخالف نقصان السِّمن ونسيان الصنعة لأنه نقصان يرجع إلى العين وهو المراد بتغير الأبدان ولأن رد العين أقوى من رد بدلها، ثم لو رد البدل وهو المثل ناقصاً قيمته عما كان يوم الغصب لا يضمن فلأن لا يجب الضمان الراجع إلى السوق عند رد العين أولى ولو تلف في يده يجب عليه أكثر ما كانت قيمته من حين الغصب إلى أن تلف في يده لأنه إذا وجبت القيمة ووجوبها مستند إلى حال الغصب وجبت أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، ويخالف هذا إذا كانت قائمة فإن القيمة غير واجبة فلم يكن لنقصانها اعتبار.

فإن قيل: فكيف أطلق لفظه حيث قال: ولا أنظر إلى تغير الأسواق وقد نظر عند

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/١٥٨).

التلف إليه؟

قيل: أطلق الشافعي وأراد به تخصيص بعض الأحوال، ألا ترى أنه صور المسألة في الثوب الباقي حيث قال: أخذه المشتري وما بين قيمته ثم عطف على هذه الصورة فقال: ولست أنظر في القيمة إلى تغير الأسواق وعلى ما ذكرنا لو غصب ثوباً يساوي مائة فحدث فيه خرق نقصت به من قيمته عشرة ثم نقص السعر عشرة أخرى يلزمه رده مع عشرةٍ وهي التي نقصت بحدوث العيب فيه، ولو غصب ثوباً فقطعه بنصفين وأتلف أحدهما: يلزمه قيمة النصف الذي أتلفه أكثر ما كانت من حين غصب إلى أن تلف، أما النصف الباقي ينظر فيه فإن كان يساوي [٢٤/أ] نصف قيمة الثوب أكثر ما كانت يرده ولا شيء عليه لأنا علمنا أن الخرق لم ينقصه، وإن كانت قيمته أقل من نصف قيمة الثوب نظر في النقصان فإن كان لأجل القطع لزمه، وإن كان لنقصان السوق لم يلزمه.

مسألة: قال: وإنْ كانَ المغصوب دابةً فشغَلَهَا الغاصبُ أو لم يشغلها[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا غصب دابةً أو داراً فعلى غاصبها أجرة مثلها من يوم غصبها إلى يوم ردها لأن المنافع تجري مجرى الأعيان في معظم الأحكام وقد تلفت المنافع في يد الغاصب وبه قال أحمد، وقال مالك: إن انتفع بها يلزمه الضمان وإلا فلا يلزم.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن المنافع بحالٍ إلا أن يكون في شبهة العقد مثل أن يؤاجر العبد المغصوب نفسه من الغاصب يلزمه أجر المثل إن استعمله، وإن لم يستعمله فلا تلزم الأجرة قال: وإذا وجبت الأجرة ها هنا يلزمه الأقل من المسمى أو أجر المثل وهكذا قال في جميع الإجارات الفاسدة واحتج بأن رسول الله ﷺ قال: «الخراج بالضمان»[٢] والغاصب ضامنٌ للغير وكان الخراج له ومنافع العين خراجها حتى قال أبو حنيفة: لو أن الغاصب أكرى الدابة المغصوبة فما قبض من الكراء له ولا يلزمه رده على صاحب الدابة لأنه ضامن للعين والخراج بالضمان فقال الشافعي: وليس الغلة بالضمان إلا للمالك الذي قضى له بها رسول الله ﷺ ومعنى هذا أن قوله: الخراج بالضمان إنما ورد في المشتري إذا رد السلعة بالعيب فالخراج له وما ورد في الغاصب بدليل خبر مخلد بن خفاف وقد ذكرناه في كتاب البيع.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٥٩/٧).

(٢) تقدم ذكره.

وإذا ثبت الحديث في المشتري لا يجوز إلحاق الغاصب به لأن المشتري مالك للسلعة حين يستغلها فتكون الغلة ملكاً له بإزاء ما عليه من ضمان الأصل المملوك، فأما الغاصب فليس بمالكٍ في الأصل وإن كان ضامناً له، وإذا لم يكن مالكاً للأصل فكيف يكون للفرع؟ ثم قال المزني: وأدخل الشافعي على من قال: أن الغاصب إذا ضمن سقط عنه الكراء قوله [٢٤/ب] إذا اكترى قميصاً فاتزر به أو بيتاً فنصب فيه رجا أنه ضامن وعليه الكراء فمقصود الشافعي من هذا بيان مناقضة أبي حنيفة حيث قال: الخراج بالضمان على الغاصب فإذا ضمن الأصل بالعدوان كانت المنافع له لا يغرمها بحالٍ ثم ناقض فقال: إذا اكترى قميصاً فاتزر به صار ضامناً لما اتزر به وعليه كراؤه لصاحبه فاجتمع عليه ضمان الأصل وضمان المنافع.

وناقض أيضاً فقال: إذا اكترى بيتاً فنصب فيه رجا أنه ضامن للبيت وعليه الكراء فجمع بين الكراء والضمان فليقل مثل ذلك في سائر المغصومات، فإن اعتذر بأن الأجرة في هاتين المسألتين إنما وجبت بالعقد والمنافع بالعقد تصير مالاً قلنا: هذا المستأجر كان غير ضامن في أول الأمر فلما تعدى في الإجارة صار حكمه حكم الغاصب في ضمان الأصل ثم لم يجعله كالغاصب في حكم المنافع حتى يسقط عنه ما لزم بالعقد كذلك ها هنا.

فرع

لو غصب مكاتباً فحبسه ضمن أجرة مثله، ولو حبسه السيد عن تصرفه فيه وجهان **أحدهما**: تلزمه الأجرة، **والثاني**: عليه إنظاره بمال الكتابة قدر تلك المدة التي حبسها فكأنه أخَّر زمان كتابته ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

لو غصب عبداً يحسن صنائع كثيرة تلزمه أجرة أعلى الصنائع ويدخل ما دونها فيها.

مسألة: قال: ولو استكرَهَ أمةً أو حرةً فعليهِ الحدُّ[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا أكره حرةً أو أمةً على الزنا يلزمه الحد لأنه زانٍ، ولا حد عليها لأنها ليست بزانية ويجب المهر عليه اعتباراً بحالها وبه قال مالك وأحمد في اصح الروايتين، وقال أبو حنيفة: لا يجب المهر اعتباراً بحال الرجل، وحكي عن مالك أنه قال:

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ١٦٣).

إذا أكره أمةً على الزنا يلزم المهر وفي الحرة لا يلزم وهذا غلط لأنه وطئ في غير ملك سقط الحد فيه عن الموطوءة والواطئ من أهل الضمان في حقها فيلزمه المهر كما لو وطئها بشبهةٍ، ثم إن الشافعي قال: لا معنى للجماع إلا في منزلتين إلزاماً على أبي حنيفة فقال: للجماع [٢٥/أ] منزلتان إحداهما أن تكون بنكاح، **والثاني**: أن تكون بصريح الزنا وبين هاتين المنزلتين منزلة ثالثة وهي الإصابة بالشبهة على نكاح فاسد وقد أجمعنا على أن المصابة بالشبهة في نكاح فاسد ملحقة بالمصابة في النكاح الصحيح حتى يوجب المهر عليه عوضاً عن بضعها وربما تكون عالمة بفساد النكاح عاصية بالتمكين فالمستكرهة أحسن حالاً من هذه العاصية المقْدمة على النكاح الفاسد فوجب أن يثبت لها مهر المثل والحد لا ينافي المهر لأنهما حقان لمستحقين متباينتين، فالحد حق الله تعالى على ما ارتكب من هتك المحارم، والمهر حق لها عوضاً عما استهلك من منافع بضعها كما تعلق بالزنا في نهار رمضان حد الزنا وكفارة الجماع وبالقتل كفارة القتل لله تعالى وعوض النفس للآدمي.

فرع

لو اختلفا فادعت الموطوءة الاستكراه وادعى الواطئ الطواعية فيه قولان **أحدهما**: القول قول الواطئ ولا مهر اعتباراً ببراءة الذمة، **والثاني**: القول قولها ولها المهر لأنه متلف ويشبه أن يكون بناء على القولين في رب الدابة وراكبها إذا اختلفا في العارية والكراء على ما ذكرنا.

فرع آخر

لو غصب جاريةً ولم يطأها ردها ولا شيء عليه، فإن قيل: هلاّ أوجبتم ضمان الاستمتاع النفي حال بينه وبينها كما أوجبتم ضمان سائر المنافع قلنا: الفرق أنه لا يحصل التفويت ها هنا لأن لسيدها تزويجها وإحراز مهرها، ولا يجوز إجارتها وهي مغصوبة وأيضاً المقصود من الاستمتاع العوض الواحد ويمكنه تحصيله من هذا الوقت بخلاف الأجرة ولأنه لا يمكن تقويمه بمضي المدة لأنها غير مقدَّرة بخلاف الأجرة.

فرع آخر

لو أكره الحربي مسلمة على الزنا لا مهر لأنه لم يلتزم حكم الإسلام.

مسألة: قال: وفي السرقةِ حكمان[1].

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ١٦٥).

الفصل

وهذا كما قال: إذا سرق ما يبلغ نصاباً فالقطع يلزم لحق الله تعالى والضمان عند تلفه للآدمي وأحدهما: لا يمنع الآخر، وقال أبو حنيفة: إذا قطع السارق [٢٥/ب] لا غرم عليه، وقال مالك: إن كان موسراً قطع وغرم، وإن كان معسراً قطع ولم يغرم والدليل على بطلانه ما احتج الشافعي به حيث قال: فإن لم يوجد فقيمته لأني لا أجد أحداً ضمن ماله بعينه بغصب أو عدوان فيفوت إلا ضمن قيمته، وفي قوله بغصب وعدوان احتراز عن البيع في يد البائع يكون مضموناً بعينه ولا يضمن البائع قيمته عند فواته لأنه غير مضمونٍ بعدوانٍ ثم قال الشافعي: وفي المغتصبة حكمان على ما ذكر، ومقصوده أن المهر حق لها كالغرم على السارق حق للمالك فكما أجمع بين الغرم والقطع أجمع بين المهر والحد.

فإن قيل: نظم كلام الشافعي في هذا الموضع غير مستقيم لأنه كان يصنف مسائل الغصب فانتقل منها إلى مسألةٍ من كتاب السرقة ثم فرغ منها وعاد إلى مسائل الغصب فأيّ معنى لذلك قلنا: الشافعي ذكر مسألة السرقة ها هنا استشهاداً بها على مسألة المستكرهة.

فإن قيل: كيف يصح الاستشهاد بها وفيها خلاف أيضاً؟ قلنا: في السرقة صورتان إحداهما صورة الوفاق استشهد بها، والثانية صورة الخلاف أثبتها بالدليل ثم بنى عليها فأما الوفاق إذا كانت العين المسروقة باقية في يد السارق يتوجه حكمان القطع لله تعالى ورد المال للآدمي ولا يمانع بينهما كذلك في المستكرهة.

وأما صورة الخلاف إذا كانت عين السرقة تالفة أثبتها بالعلة التي ذكرناها ثم بنى عليها مسألة المستكرهة والدليل على أن الشافعي قصد هذا أنه لما فرغ من مسألة السرقة عطف عليها فقال: وفي المغتصبة حكمان على ما ذكر والأظهر أن الشافعي اختار سلوك طريق البناء، ألا ترى أنه قال فأثبت ذلك والحد على المغتصب كما أثبت الحد والغرم على السارق وإثبات الحد والغرم إنما هو في صورة الخلاف لأن الغرم لا يطلق على رد العين المسروقة وإنما يطلق على غرم قيمتها.

مسألة: قال: ولو غصبَ أرضاً فغرسها[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا غصب أرضاً وغرس فيها نخيلاً لزمه [٢٦/أ] قلعها لقوله ﷺ:

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ١٦٦).

«ليس لعرق ظالم حق»[١] وروي بالتنوين لعرقٍ لا بالإضافة فجعل العرق ظالماً لما كان يحصل به الظلم ثم إذا قلعها يلزمه تسوية الأرض على حالها وضمان النقص إن كان قد دخل فيها النقص وأجر المثل في المدة التي أمسكها، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل يجمع بين نقصان الأرض وأجر المثل؟ وجهان **أحدهما**: يجمع وهو الأصح، **والثاني**: يلزم أكثر الأمرين منهما وذكرنا مثل هذا في الثوب إذا بليَ وانتقص وهذا بعيد عندي في مسألة الأرض، وقال في «الحاوي»: إذا صارت الأرض حفراً تضر بها قال الشافعي ها هنا يردّ ما نقص الأرض، وقال في كتاب «البيوع»: إذا قلع البائع الحجارة المستودعة يلزمه تسوية الأرض ولا يتركها حفراً فقيل فيهما قولان على سبيل النقل والتخريج **أحدهما**: يضمن النقصان لأنه نقص فعلٍ مضمونٍ، **والثاني**: يلزمه تسوية الأرض لأن زوال التعدي بالمثل أولى من القيمة وقيل: المسألتان على ظاهرهما، والفرق أن الغاصب متعدٍّ فيغلَّظ حكمه بالأرش والبائع غير متعدٍّ فخفّف حكمه بتسوية الأرض.

فرع

لو غصب أرضاً وغرس فيها ثم باع الغاصب الغراس فإن باع بشرط الترك فالبيع باطل، وإن باع بشرط القلع فالبيع جائزٌ، وإن أطلق فيه وجهان **أحدهما**: باطل لأن العرف في مثله الترك ولا يستحق الترك ها هنا، **والثاني**: يجوز ويؤخذ المشتري بالقلع ولكن له الخيار إن لم يكن علم.

فرع آخر

لو كان الغرس ملكاً لرب الأرض له أن يطالب الغاصب بالقلع إن كان له غرضٌ وتغرّمه النقصان، وإن لم يكن في قلعه غرض صحيح بوجهٍ فهل يجبر الغاصب على قلعه؟ وجهان **أحدهما**: لا يجبر لأنه عبثٌ وسفه، **والثاني**: له ذلك لأنه متحكم على الغاصب لتعديه.

فرع آخر

لو كانت قيمته تنقص إن قلع عما كانت عليه قبل الغرس فطالب بأرش النقص مع ترك الغراس قائماً فإن قلنا بالوجه الأول إنه لا يجبر على القلع لم يكن له الأرش إذا لم يكن له قائماً وإن قلنا بالوجه الثاني [٢٦/ب] استحق الأرش، وإن كان قائماً غير ناقصٍ لأنه لما

(١) تقدم تخريجه.

استحق المطالبة به مع التزام مؤونة القلع فأولى أن يستحق المطالبة به مع عفوه عن القلع.

فرع آخر

لو غصب أرضاً وغصب غراساً وغرس فيها وهرب الغاصب أن يلتزم لهما مؤونة القلع واختلفا في تحملهما فعلى من يجب؟ وجهان **أحدهما**: يجب على صاحب الأرض لأنه يريد أخذ غرسه ثم هي لمن غرمها دينٌ على الغاصب.

فرع آخر

لو حمل السيل بذر رجلٍ إلى أرض غيره فنبت هناك قد ذكرنا فيه وجهين قال صاحب «الحاوي»: والأصح عندي أن ينظر في الزرع بعد قلعه فإن كانت قيمته مقلوعاً كقيمة الحنطة أو أكثر أجبر على قلعه لأنه لم يدخل عليه نقصٌ حين نبت، وإن كانت قيمته لو قلع أقل من قيمة الحنطة ترك ولم يقلع لأنه لم يتعدَّ فيلتزم ضرر عدوانه وما يدخل على رب الأرض من الضرر فقد استدركه بالأجرة التي يستحقها بعد العلم والتنازع ولا أجرة لرب الأرض فيما قبل لأنه لم يكن منه فعل يتعلق به ضمان، وقال مالكٌ: زال ملك الأول وصار ملكاً للثاني وهذا غلط لأن ضياع المال لا يزيل ملك المالك عنه.

فرع آخر

يضمن العقار عندنا بالغصب ويتصور فيه الغصب وبه قال مالك ومحمد، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يضمن بالغصب ولا يتصور فيه الغصب، وروي عن أحمد أنه قال: إذا غرق الأرض بفعله ضمن وهذا يدل على أن عنده لا يضمن العقار بالغصب وهذا غلط لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من غصب شبراً من أرضٍ طوقه من سبع أرضين»[١] ولأن ما يضمن بالقبض في البيع يضمن بالغصب كالمنقول.

فرع آخر

لو غصب أرضاً فلم يزرعها فنقصت بترك الزراعة فيها كأراضي البصرة تلزمه أجرة المثل وما نقص بترك الزراعة.

فرع آخر

لو دخل دار رجل بغير إذنه وصاحبها فيها لم يضمنها لأن يد صاحبه ثابتة عليها

---

(١) تقدم تخريجه.

والغصب أن تثبت يده عليها وتزول يد صاحبها عنها ولهذا نقول: إذا حبس [١٧/أ] صاحبه عن ماله لم يضمنه لأن يده لم يثبت عليه، وقال أبو حامد لا نص فيه وهذا يحتمل أن يكون مذهباً، وقال بعض أصحابنا: يضمن نصفها لأن يدهما عليها.

فرع آخر

لو لم يكن صاحبها فيها فدخلها قال أصحابنا: ضمنها حتى إن انهدم منها شيء لزمه أرش النقص، وإن قدرها دار نفسه فدخلها قال أصحابنا: يضمن كما لو أخذ ثوب غيره فيظنه لنفسه ضمنه ذكره القاضي الطبري وسمعت فيه وجهاً آخر بخراسان أنه لا يضمن بهذا القدر.

فرع آخر

لو اشترى أرضاً من الغاصب وهو لا يعلم فنقصت في يد المشتري فلصاحبها الرجوع بالنقص على من شاء من الغاصب أو المشتري، ولو قبضها المشتري وكانت داراً فنقصها ثم بناها ثانياً فعليه رد العَرصَة على مالكها وعليه ما بين قيمتها مبنيةً ومنقوضةً، وعليه نقض ما بناه وأجرة مثلها من حين القبض إلى حين النقض وأجرة العرصة من حين النقض إلى حين الرد وليس عليه أجرة ما بناه منها وللمالك الرجوع على من شاء منهما على ما ذكرنا وقرار الضمان على من يكون قد ذكرنا.

فرع آخر

لو دفن في الأرض المغصوبة ميتاً أُخذ الغاصب بنبشه منها، وإن كان فيه انتهاك حرمة الميت ثم إذا نبش ضمن أرش نقصها إن نقصت.

فرع آخر

لو قال مالك الأرض: أنا أقر الميت مدفوناً في الأرض إن ضمن لي نقص الأجرة بالدفن فيها ففي إجبار الغاصب على بذله وجهان **أحدهما**: يجبر على بذله حفظاً لحرمة الميت المتعدَّى هو بدفنه فيها، **والثاني**: لا يلزمه ذلك لأنه مدفون بغير حق.

فرع آخر

لو غصب أرضاً وزرع فيها زرعاً قلع الزرع والغلة لصاحب البذر، وإن كان غاصباً وعليه ما ذكرنا، وحكي عن أحمد ليس له قلع الزرع وصاحب الأرض بالخيار بين أن يدفع إليه ثمن البذر والبقعة وبين أن يقره في الأرض إلى أوان الحصاد بأجرة المثل وهذا غلط

قياساً على الغراس، وإن كان قد غصب بذراً وبذره في أرض نفسه كان [٢٧/ب] الزرع لصاحب البذر والغلة له وليس للغاصب عليه أجرة المثل.

فرع آخر

لو غصب شجراً فأثمرت ونقصت الثمار بأن شمَّسها فنقصت قيمتها يلزمه ما نقص، وإن تلفت رطباً يلزمه قيمتها، وإن تلفت بعد التشميس يلزمه مثلها ولا يلزمه الأجرة للشجرة، ولكن إن نقصت الشجرة يلزمه أرش النقص.

فرع آخر

لو غصب حيواناً وحلب لبنها فإن استهلك اللبن حليباً رد مثله، وإن كان قائماً فإن كان حليباً رده بحاله، وإن حمض رده وما نقص، وأما أصوافها وأشعارها وأوبارها قال الشافعي: عليه مثلها إن كان لها مثل وقيمتها إن لم يكن لها مثل، وقال أبو حامد: ضمانها بالمثل لا غير كالقطن، ومن أصحابنا من قال: توقف الشافعي فيها والمذهب أنه لا مثل لها لأنها تختلف وتتباين فتضمن بالقيمة وهذا أظهر عندي.

فرع آخر

لو غصب بيضاً فحضنها دجاجةٌ له كانت الفراريج لصاحب البيض ووافقنا المزني في هذا وخالفنا في الحَبّ إذا زرع فقال: الزرع للغاصب ويلزمه مثله فنقيس على البيض، ومن أصحابنا من قال: فيهما وجهان وليس بشيء.

فرع آخر

لو غصب بذر الدّود وربَّاه حتى صار دوداً وحصل القزّ منه كان القز لصاحبه ولا شيء له خلافاً لأبي حنيفة.

فرع آخر

لو غصب عصيراً فصار خمراً في يده رجع ببدل العصير. وهل له أخذ الخمر؟ وجهان قال أبو حامد: ليس له لوجوب إراقتها وإتلافها، وقال بعض أصحابنا: له أخذها لأنه قد ينتفع بإراقتها في طين أو سقي حيوان ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

لو صارت خلاً في يد الغاصب رجع به المغصوب منه وفي رجوعه عليه بالقيمة وجهان

كنقص المرض إذا زال **أحدهما**: يرجع بالقيمة لوجوبها عند مصيره خمراً، **والثاني**: لا يرجع بها لعدم استقرارها وهما مخرجان من اختلاف قوليه في عود السن بعد الذهاب ووجوب الأرض هل يوجب رد الأرش أم لا؟ فإذا قلنا: ترد القيمة ردها والخل فائدة [٢٨/أ] مجددة في المالك ولا ينظر إلى نقصان قيمة الخل، وإن قلنا: لا ترد القيمة نظر، فإن كانت قيمة الخل مثل قيمة العصير أو أكثر فلا شيء على الغاصب سواه، وإن كانت قيمة الخل أقل من قيمة العصير فعليه رد ما نقص من قيمة العصير، وقال أبو حنيفة: إذا صارت خلا فالخل للغاصب وعليه مثل العصير.

فرع آخر

لو غصب منه تمراً فعمله دبساً أو سمسماً فعصره فللمالك أن يأخذه وما نقص فإن تركه بالغاصب وطالبه بالبدل فإن كان مما لا مثل له كالثمر اللصيق المكنوز بالبصرة رجع على الغاصب بما استخرجه من دبسه وليس له المطالبة بقيمة تمره، لأن أجزاء المغصوب أخص به من قيمته، وإن كان مما له مثل كالسمسم فيه وجهان **أحدهما**: أنه بمثابة ما لا مثل له في استرجاع ما استخرج منه، **والثاني**: المالك يستحق مطالبته بمثل الأصل لأنه أشبه بالمغصوب من أجزائه.

فرع آخر

لو استهلك ما قد استخرجه من المغصوب، فإن لم يكن الأصل مثلياً ولم يكن المستخرج منه مثلياً كالتمر المكنوز إذا استخرج بالماء فالمالك يرجع بأكثر قيمته تمراً أو دبساً، وإن كان للأصل مثل وليس للمستخرج منه مثل كالحنطة إذا طحنها دقيقاً فللمالك أن يرجع بمثل الأصل من الحنطة ولا يرجع بقيمة الدقيق لأن مثل ذي المثل أولى من قيمته، ولو كانت الحنطة بعد الطحن زادت قيمتها دقيقاً استحق أن يرجع بعد أخذ المثل بقدر الزيادة في الدقيق كما لو غصب منه جارية فسمنت ثم ردها بعد ذهاب السمن ضمن نقص السمن الحادث في يده مع بقاء العين فلا يضمن نقص الزيادة مع استرجاع المثل أو لا، وإن كان الأصل مما لا مثل له والمستخرج منه مثل كالزيتون إذا اعتصره زيتاً فللمالك أن يضمنه مثل الزيت المستخرج والنقص إن حدث بالزيتون لأنه لما صار المغصوب ذا مثل كان المثل أولى من قيمة الأصل لتقديم المثل على القيمة، وإن كان للأصل والمستخرج مثل كالسمسم إذا اعتصره شيرجاً فالمالك بالخيار في الرجوع بمثل أيهما [٢٨/ب] شاء من السمسم أو الشيرج لثبوت ملكه على كل واحدٍ منهما بعد الغصب فإن رجع بالسمسم وكان أنقص ثمناً من الشيرج فأراد نقصه لم يجز وقيل له: إن رضيت به وإلا فاعدل عنه إلى الشيرج ولا أرش

لك، لأن عين مالك مستهلكه ولكل حقك مثلٌ فلا معنى لأخذ الأقل مع الأرش مع استحقاقك لمثلٍ لا يدخله أرشٍ.

فرع آخر

لو كانت دابة واقفةً فجاء رجل وركبها ولم يسيّر ولم ينقلها عن موضعها قال القاضي الطبري: لا أعرفها لأصحابنا والذي عندي أنه لا يضمنها لأن ضمان الغصب عندنا معتبر بضمان القبض في العقد والقبض في العقد في الدابة نقلها وتبديلها كذلك ها هنا، وكذلك إذا وضع يده على ثوب إنسانٍ بغير أمره لم يضمن، وقال بعض أصحابنا بخراسان: يضمن وهذا محتمل لأنه استولى عليها بأبلغ غايات الاستيلاء وثبتت يده عليها بذلك القدر.

فرع آخر

لو أن الغاصب دفع صاحب الصبرة عن صبرته أو صاحب المتاع عن متاعه فزال عنه لا ضمان ما لم ينقله، وإن كان قد حال بينه وبين متاعه ذكره أصحابنا ويحتمل عندي وجهاً آخر يضمن.

فرع آخر

لو غصب داراً وفيها متاع ولم ينقله هل يصير غاصباً له؟ وجهان على قياس ما ذكرنا.

مسألة: قال: ولو حفرَ فيها بئراً[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا غصب أرضاً فحفر فيها بئراً كان للمالك مطالبة الغاصب بطمّها فإذا فعل ذلك نظر، فإن لم يزدها ولم ينقصها أو زادت فليس على الغاصب إلا أجرة المثل، وإن نقصت فعليه أرش النقص وأجرة المثل من حين حفر إلى أن طمَّها وسوّاها إن كان لموضع البئر أجرة هكذا نص الشافعي، فإن كانت بحالها ولم يطالبه مالكها بطمها أو نهاه عن طمها كان ذلك له لأنه قد يقع فيها ما إذا تلف بها ضمنه وقد يكون نقل التراب إلى ملك نفسه أو ملك غيره أو طريق المسلمين، ولو قال له المالك: دع الطم وقد أبرأتك عن ضمان ما يتعلق بك بحفرها فهل له الطم؟ ينبى هذا على صحة البراءة وفيه وجهان:

أحدهما: يبرأ لأنه يصير [٢٩/أ] كأنه مأذون له في حفرها ولا فرق بين الإذن المقترن

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ١٧٠).

بوقت الحفر وبين الإذن الطارئ وهو الصحيح وبه قال أبو إسحاق والمزني وأبو حنيفة.

والثاني: لا يبرأ لأنه إبراء مما لم يجب ولأنه إبراء عن حقوق سائر الناس وذلك لا يصح منه ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأن الإبراء عما لم يجب يصح إذا وجد سبب وجوبه وسبب الوجوب ها هنا موجود وهو الحفر ولو لم يتلفظ بالإبراء ولكنه منعه من طمها قال أصحابنا: ينبغي أن يكون الحكم كما لو تلفظ به لأنه يتضمن رضاه به فإن قال قائل: لمَ قال الشافعي فإن أراد الغاصب دفنها فذلك له، وإن لم ينفعه ودفع الضمان نفع ولا يخلو دفنها عن دفع الضمان قلنا: مراده بيان النفع في الحال ولا نفع له في الحال بل ربما يتضرر ويحتاج إلى نفقةٍ وأعوانٍ وإنما ينفعه ذلك في الثاني لأنه بدفنها يصير آمناً من ضمانها.

ولو وصل بالكلام فقال: وإن لم ينفعه في الحال كان كلامنا مستقيماً وقيل: معناه وإن لم ينفع المغصوب منه وللغاصب غرضٌ فيه على ما ذكرنا فإذا قلنا: لا يبرأ كان الحكم كما لو لم يبرئه وإذا قلنا: يبرأ برئ من ضمانها ثم ينظر، فإن كان له غرض في طمها مثل إن كان طرح ترابها في ملك نفسه أو ملك غيره والغير يطالبه بنقله أو يخاف أن يطالبه وإن لم يطالب بعد أو كان في طريق المسلمين كان له طمها لأن له غرضاً فيه، وإذا رد التراب ها هنا فليس له أن يبسطه على وجه الأرض إذا قال المالك: لا تبسطه وألقه في جانبٍ من الأرض، ولو كان له عين مالٍ من طوبٍ وخشبٍ له نزعه وإن انهار البئر ثم يلزمه طمها، فإن قيل: أليس إذا خرق الثوب ليس له رفوه لا بتلك الخرقة بعينها ولا بخرقةٍ من عند نفسه فكذلك وجب أن لا يجوز له طم البئر؟ قلنا: الفرق أن الثوب بالرفو لا يعلو إلى الذي كان لأن المرفوء يخالف الصحيح ويدخل عليه خيطاً أو خرقة من عنده وفي الأرض يعود بالطم إلى ما كانت فافترقا.

مسألة: قال: وكذلك إنْ زَوَّقَ [٢٩/ب] داراً كانَ لهُ نزعُ التزويقِ حتى يردَّ ذلك بحاله[١].

إذا غصب داراً فجصَّصها أو زوقها كان لصاحب الدار مطالبته بنزع التزويق ورد الدار إليه لأنه شغل مال نفسه بملكه فكان له مطالبته بنقله، ولو قال المالك: لا تنزع التزويق، وقال الغاصب: أريد نزعه كان له لأنه عين ماله، ولا فرق بين أن ينتفع به أولا ينتفع لأن من له عين مالٍ فله أخذه، وإن لم يكنْ له فيه منفعة هكذا ذكر عامة أصحابنا، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إنما له نزعه إذا كان له غرض صحيح في نزعه مثل أن يعلم أنه بنزعه

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ١٧١).

يصل إلى شيء من أعيان ماله التي استنفقها في تزويقها أو كان في التزويق معاليق يخشى انقطاعها وسقوطها على الناس ولحوق الضمان به كما يخشى في البئر، فأما إذا لم يكن له غرض صحيح وتيقن أنه لا يصل إلى عين ملكٍ ولا يأمن به من ضمانٍ لا يمكَّن من إفساد ما زوّق، ثم إذا نزع التزويق نظر، فإن لم ينقص قيمة الدار عما كانت عليه قبل التزويق فلا يلزمه إلا الأجرة من حين القبض إلى حين الرد، وإن كانت ناقصةً عما كانت عليه فعليه أجرة المثل وأرش النقص معاً وإن امتنع الغاصب من إزالة ذلك ووهب أعيان ماله فيها لمالكها هل يجبر المالك على قبولها؟ وجهان:

أحدهما: لا يجبر كما لو وهب له حصاً منفصلاً عن ملكه لا يلزمه قبوله.

والثاني: يلزمه قبوله ويجبر عليه لأنه متصلٌ بملكه فيجري مجرى الآثار كغسل الثوب وقصارته، ولو زوق وطيّن بآلةٍ من ملك صاحب الدار ليس للغاصب إتلافه بحالٍ ونقل بعض المتقدمين لو روق بالراء غير معجمةٍ من الرواق وحكمه حكم البناء وقد ذكرنا.

مسألة: قال: وكذلك لوْ نقلَ عنها تراباً كانَ لهُ أن يردَّ[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا نقل التراب عنها مثل أن قشط التراب عن وجهها وحوله عنها فلمالكها مطالبته برد ترابها إليها، فإن كلفه أن يفرشه فيها كالذي كان فله ذلك، وإن كلفه أن يردها إليها ويتركه كالقبّة [٣٠/أ] ولا يفرشه فيها وأبى الغاصب إلا أن يفرشه فيها نظر، فإن كان له غرض في ذلك بأن كان فيها حفر فخاف أن يعثر عاثرٌ بها فيقع ويتلف كان له فرشه فيها، فإذا فعل ذلك نظر، فإن زادت الأرض بذلك أو لم تزد ولم ينقص فعلى الغاصب أجر المثل لا غير مدة شغل الأرض يرد التراب إليها، وإن كانت مزدودةً على صاحبها وإن نقصت فعليه أرش النقص والأجرة معاً، وإن قال صاحب الأرض: لا أدعه يرد التراب إليها، وقال الغاصب: لا بد لي من الرد كان للغاصب أن يرده لأن له في ذلك غرضاً صحيحاً وهو أن يكون نقل التراب إلى أرض نفسه أو إلى أرض غيره غصباً أو إلى طريق المسلمين، وإن كان قد نقله إلى أرض المغصوب منه ليس له رده إليها لأنه لا يخاف منه تبعة في الثاني، وهكذا لو نقله إلى أرض موات ولو قال المالك: أنقل التراب كله إلى الجانب الأقصى من الأرض لم يلزم الغاصب ذلك بل يلقيه حيث رفع ويسوي الأرض.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧٢/٧).

وقال المزني: ليس للغاصب طم البئر ورد التراب إلى الأرض لأن هذا أثر لا عين والآثار لا حق فيها للغاصب لأن ذلك مضرة على أخيه بما لا منفعة له فيه فلم يجز له وهو بمنزلة أن يغصب نُقرةً فطبعها دراهم أو غزلاً فنسجه ثوباً أو طيناً فضربه لبناً لا يكون له نقضه ورده إلى حاله، كذلك ها هنا قلنا: المنفعة التي ذكرناها في دفن البئر منفعة ظاهرة وهي أن تسلم من الضمان في المستقبل ومثل هذه المنفعة لا يوجد في نقض المنسوج وإفساد الطبع ورد اللبن إلى الطين وعلى هذا لو كان ضرب النقرة أنقص من عيار السلطان له نقضه ورده إلى حاله لأن له فيه غرضاً صحيحاً وهو أن يخرج من خوف السلطان فإن أقل ما فيه أن يُضرب على طريق التعزير ومن أهل العلم من جعل فيه القطع فكان له نقضه ورده إلى حاله حتى لا يظهر أمره، وإن كان بعيار السلطان لم يكن له ذلك لأنه لا غرض حتى لو كان يخاف من العقوبة على هذا أيضاً لأن الضرب إلى السلطان [٣٠/ب] كان له نقضه، وأما في رد التراب إليها غرض صحيح على ما ذكرنا حتى لو نقل التراب إلى صحراء لا حق لأحد فيها، وقال المالك أبرأتك من ضمان التراب ليس له الرد.

فرع

لو نقل عنها تراباً وأتلفه يلزمه رد مثله لأن للتراب مثلاً فإن لم يقدر على المثل لأنه من تربةٍ ليس في الناحية مثلها ضمن القيمة وفيها وجهان **أحدهما**: يقوَّم الأرض وعليها ذلك التراب ثم يقوَّم بعد أخذه منها ويضمن ما بين القيمتين، **والثاني**: يضمن أكثر الأمرين من هذا أو من قيمة التراب بعد نقله عن الأرض.

فرع آخر

لو غصب أرضاً وقلع منها شجراً والشجر باقٍ ففي كيفية ضمانه ثلاثة أوجهٍ **أحدها**: يضمن ما بين قيمة الشجر قائماً ومقلوعاً لأنه متعدٍّ على الشجر، **والثاني**: يضمن ما بين قيمة الأرض ذات شجرٍ قائم وما بين قيمتها والشجر مقلوع فيها لأن تعديه قد سرى إلى الأرض، **والثالث**: يضمن أغلظ الأمرين لاجتماع العلتين في تغليظ الغصب، ولو استهلك الشجر حين قلعه فضمانه على الأوجه الثلاثة فعلى الوجه الأول يضمن قيمة الشجر قائماً، وعلى الوجه الثاني يضمن ما نقص من قيمة الأرض بقلع الشجر، وعلى الوجه **الثالث**: يضمن أغلظ الأمرين.

فرع آخر

لو غصب أرضاً وطرح فيها تراباً فزادت قيمتها به ولا يمكن نقلها لاختلاطها وبسطها

فيه فإن كان نجساً كالأرْواث و. . . . . النجسة فلا شيء للغاصب فيها، وإن كان طاهراً فيه وجهان **أحدهما**: أنه مستهلك لا شيء له فيه لاستهلاكه إياه بنفسه فيما لا يتميز عنه، **والثاني**: يكون شريكاً في ثمن الأرض بقدر ثمن التراب كما نقول في صبغ الثوب بصبغٍ من عنده.

مسألة: قال: ولو غصبَ جاريةً فهلكتْ فقال الغاصبُ: ثمنها عشرة[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا غصب جاريةً أو عبداً أو غيره فتلف في يده قد ذكرنا أنه تلزمه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف، وقال أبو حنيفة: تلزمه قيمتها يوم الغصب [٣١/أ] لأن ما زاد فيها لا يصير مغصوباً، وقال أحمد: يعتبر قيمتها يوم التلف لأن زيادة السوق لا يضمن مع بقاء العين فكذلك بعد التلف وهذا غلط لأنه مخاطبٌ بردها في كل وقتٍ، فإذا فات الرد ضمنها بقيمتها في جميع زمان وجوب الرد، فإذا تقرر هذا لو اختلف الغاصب والمالك في قدر قيمتها فالقول قول الغاصب لأنه غارم والقول في الأصول قول الغارم لأن الأصل براءة الذمة فإن حلف برئ، وإن نكل عن اليمين ردت اليمين على المالك فإن حلف استحق ما يدعيه من القيمة، فإن قيل: أليس قلتم: لو أعتق شقصاً من عبدٍ واختلف هو والشريك في قدر قيمة نصيب الشريك الذي سرى إليه العتق القول قول الشريك الذي لم يعتق، وإن كان الغارم هو الشريك المعتق قيل: متى يسري العتق؟ فيه أقوال:

أحدهما: يسري باللفظ فعلى هذا القول قول المعتق لأنه غارم.

والثاني: يسري باللفظ ودفع القيمة.

والثالث: أنه موقوف على أداء القيمة فعلى هذين القولين القول قول الشريك الذي لم يعتق لأنا لا نزيل ملكه إلا بما يقوله ولهذا نقول: المشتري والشفيع إذا اختلفا في مقدار الثمن كان القول قول المشتري لأنا لا نزيل ملكه عما اشتراه إلا بما يقر به.

فرع

لو حلف الغاصب ثم أقام بينةً أن القيمة ما ادعاه فالبينة العادلة أولى من اليمين الفاجرة.

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧٦/٧).

فرع آخر

لو أقام المالك شاهدين فشهدا أن قيمته كانت ألفاً قبل الغصب لم يحكم بها، وقال بعض أصحابنا: يصير لأجل هذه البينة القول قول المالك مع يمينه لأن الأصل بقاء هذه القيمة ما لم يعلم نقصها وهذا غلط لأن ما قبل الغصب غير معتبر والبينة فيه غير مسموعةٍ، ولو اعتبر هذا لكان القول قوله بلا يمين.

فرع آخر

لو شهدت البينة أن قيمتها أكثر من مائة فهي شهادة بالمجهول هل يقبل؟ وجهان وقيل: نص الشافعي أنها لا تقبل لأنها شهادة بالمجهول. [٣١/ب]

فرع آخر

لو ادعى الغاصب أن قيمتها خمسمائة، وقال المالك: ألف فشهد شاهدان أن قيمتها أكثر من خمسمائة ولم يقولا: قيمتها ألفٌ يقبل هذه الشهادة حتى لا يقبل يمين الغاصب ما لم يقر بزيادة على خمسمائةٍ فإن قال: بل ستمائة وشهد الشاهدان بأنها أكثر من ستمائة طالبنا الغاصب بزيادةٍ على ذلك وهكذا أبداً.

فرع آخر

لو لم يقم بينة على قيمته ولكن أقام شاهدين على صفات المغصوبة التالفة بأنها كانت تركية حسناء صفتها كذا وقيل: إن كانت بهذه الصفات تكون قيمتها أكثر مما قال الغاصب قال في «الأم»: لا تقبل هذه الشهادة ولا يسقط قول الغاصب بذلك لأنه يجوز أن يعلم الغاصب بها داءً ينقص قيمتها به مع وجود هذه الصفات المشهودة بها ولأن اختلافهما في القيمة لا في الصفة فلم تسمع البينة في غير ما اختلفا فيه، ولأن الجاريتين قد يتفقان في هذه الصفات ولكن يتفاوتان في دقائق الصفات من العقل وخفة الروح وحسن النطق ولا يمكن التقويم عليها وإنما يمكن ذلك على المشاهدة، فإن كان الشاهدان مقوَّمين يقبل قولهما إذا قالا: صفتها كذا وقيمتها كذا ولو شهدا بالقيمة دون الصفة كفى ذلك، فإن قيل: إذا كان الوقوف على كيفية الجارية بالوصف لا يمكن لم جوَّزتم السلم فيها قيل: الأمر في باب السلم أوسع، ألا ترى أنه يكفي في السلم أن يعطيه أقل ما يقع عليه اسم ذلك الموصوف وفي الإتلاف لا يكفي ذلك.

فرع آخر

لو أقر الغاصب بالأوصاف وادعى مع ذلك أن قيمتها خمسمائة ويعرف أن الجارية بتلك الصفة تُسوى ألوفاً لا يقبل قوله لأنه غير ممكن ذكره القفال.

فرع آخر

لو قال المالك: لا أدري كم قيمة مالي، وقال الغاصب: لا أدري قلنا للمالك: لا بد من أن تبيّن قدراً: واتق الله فلا تدَّع إلا القدر المتيقن فإن بين قدراً قلنا للغاصب: لا بد لك من أن تقر به أو تدعي أقل من ذلك فيكون القول قولك ولا نرضى منك بقولك لا أدري.

فرع آخر

لو قال [٣٢/أ] صاحب الجارية: كانت طباخةً أو قوالةً أو صناعةً وكانت قيمتها ألفين، وقال الغاصب: لم تكن كذلك وكانت قيمتها ألفاً فالقول قول الغاصب لأن الأصل عدم هذه الصفات والمالك يدعي حدوثها، ومن أصحابنا من قال: فيه وجه آخر القول قول المالك لأنه أعرف بملكه وليس بشيء.

فرع آخر

لو قال الغاصب: كانت عمياء أو عوراء أو آبقة أو سارقة أو بها داء فكانت قيمتها كذا وأنكر المالك فالقول قول المالك لأن الأصل عدم هذه الصفات وهو المنكر واليمين في جانب المنكر، ومن أصحابنا من قال: القول قول الغاصب لأنه غارمٌ وقيل: فيه قولان وقيل قول واحد وهذا الثاني ليس بشيء، وقال القفال: إن كان خلقت هكذا إلا أنه حدث بها فالقول قول الغاصب، وإن قال: حدث قبل غصبي بها عوراً ونحوه فيه قولان **أحدهما**: القول قول الغاصب لأن الأصل براءة الذمة، **والثاني**: القول قول المالك لأن الأصل أن لا حدوث فقد اجتمع ها هنا أصلان.

فرع آخر

لو غصب عبداً فعور ثم اختلفا فقال الغاصب: عور قبل الغصب، وقال السيد: بل بعد الغصب فالقول قول الغاصب لأنهما يختلفان في وقت قبض العين والأصل عدم القبض، كما لو دفع إلى قصَّارٍ ثوباً فرد عليه ثوباً وقال: هذا ثوبك وأنكر المالك فالقول قول القصار لأن المالك يدعي عليه قبض غير هذا الثوب وهو ينكره فالقول قوله.

فرع آخر

لو قال المالك: هذا المغصوب باقٍ في يدك، وقال الغاصب: قد تلف فالقول قول الغاصب ثم فيه وجهان **أحدهما**: لا شيء عليه للمالك ما لم يصدقه على تلفه، لأنه لا يدعي القيمة وقد حلف الغاصب على تلف العين، **والثاني**: عليه القيمة للمالك لأنه، وإن كان منكراً للتلف فيمين الغاصب مانعة من القدرة عليه فصار كالآبق يلزم الغاصب قيمته مع بقاء عينه.

مسألة: قال: وما كانَ لهُ كيلٌ فعليه مثلُ كيلِهِ[1].

الفصل

وهذا كما قال: قد بينا أن المثليَّ يضمن بالمثل والمماثلة معتبرة بالكيل في المكيل وقد ذكرنا في كتاب البيع [٣٢/ب] إذا أتلف على رجل طعاماً ببلدٍ ثم لقيه ببلدٍ آخر كيف يطالب؟ فلا معنى للإعادة.

مسألة: قال: ولو كان ثوباً فصبغه فزاد في قيمته[2].

الفصل

وهذا كما قال: إذا غصب ثوباً فصبغه لم يخل من أحد أمرين إما أن يكون الصبغ من عند الغاصب، أو من عند غيره فإن كان من عنده لم يخل من ثلاثة أحوالٍ إما أن يزيد، أو ينقص، أو لا يزيد ولا ينقص فإن لم يزد ولم ينقص مثل إن كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة وكانا بعد الصبغ بقيمة عشرين فهما شريكان هذا بثوبه وهذا بصبغه ولا ضمان على الغاصب لأن الثوب ما زاد وما نقص وفيه بعد هذا مسائل وهي إن اختارا أن يكون الثوب بحاله لهما فعلا، وإن اختارا بيعه كان الثمن بينهما نصفين، وإن أراد الغاصب إزالة الصبغ عن الثوب كان له ثم إذا أزاله نظر، فإن زادت قيمة الثوب أو لم تزد ولم تنقص فلا شيء له ولا عليه وإن نقصت فعليه ما نقص وإن اختلفا وتنازعا فقال صاحب الثوب: يباع الثوب، وقال الغاصب: أنزع الصبغ فللغاصب نزعه لأنه عين ماله، ولو قال صاحب: الثوب أنزع الصبغ، وقال الغاصب: يباع اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: يجبر على نزع الصبغ كما يجبر على قلع الغراس والبناء في الأرض المغصوبة وبه قال ابن خيران وأبو إسحاق

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ١٧٩).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧/ ١٨٠).

وهذا لأن الغاصب متعدٍّ بصبغه فلا يستحق بتعديه إزالة ملك رب الثوب عن ثوبه، ومنهم من قال: لا يجبر عليه لأنه إذا قلعه لم ينتفع به ولا يجبر على استهلاك ماله وبه قال ابن سريج وهو ظاهر المذهب لأن الشافعي قال: إن شئت فاستخرج الصبغ، وإن شئت فأنت شريك فجعله إلى اختيار الغاصب ولم يجبر على نزعه والفرق بينه وبين البناء والغراس أنه ينتفع بمقلوع البناء والغراس بخلاف هذا.

وقال أبو حنيفة: إن كان الصبغ سواداً لا شيء للغاصب فيه ورب الثوب بالخيار بين أن يأخذه ولا شيء عليه للصبغ وبين أن يسلمه إلى الغاصب ويأخذ منه قيمته، وإن كان [٣٣/أ] حمرةً أو صفرةً فهو مخير بين أن يأخذه وعليه قيمة الصبغ وبين أن يعطيه الغاصب ويأخذ منه قيمة الثوب، واختلف أصحابه لم خصَّ السواد بإسقاط قيمته فقيل لما فيه من إتلاف أجزاء الثوب، وقال بعضهم: إنما قاله في آخر الدولة الأموية حين كان السواد نُقصاناً مذموماً.

فأما بعد أن صار شعار الدولة العباسية وزيادة في الثوب على غيره من الألوان فلا، وهذا ضعيف وتعليلٌ لا يختص بالسواد لأن من الألوان ما يكون نقصاناً تارةً وقد يكون زيادة أخرى فاقتضى أن يكون التعليل عاماً في اعتبار النقص وزيادته ولا يكون مختصاً بالسواد، وإن قال الغاصب: لا أختار أن أكون شريكاً فيه ولا أنزع الصبغ ولكني أهبه لصاحب الثوب هل يجبر على قبوله؟ وجهان:

أحدهما: يجبر على قبوله وهو ظاهر قوله في «الأم» لأنه قال: لو غصب ساجة وشقَّها ألواحاً وأصلحها أبواباً وسمر فيها مسامير من عنده ثم رد الأبواب على مالكها ووهب له ما فيها من المسامير لزمه قبول ذلك.

والثاني: لا يجبر عليه لأنه يجبر الإنسان على قبول هبة العين ابتداءً وجملة ما يهب الإنسان لغيره ثلاثة **أحدها**: أن يكون عيناً متميّزةً عن ماله فلا يجبر على قبولها قولاً واحداً، **والثاني**: أن يهب له منفعة متصلةً بماله فيجبر على قبولها كالسمن والتعليم عند رجوع الزوج في نصف الصداق، **والثالث**: أن يهب عيناً متصلةً بماله كمسألتنا والغراس في الأرض المغصوبة إذا وهبه من المالك على هذا الاختلاف وكذلك الأبواب المسمرة إذا ردها ووهب منه المسمار هل يجبر على قبولها على هذا الخلاف وإن أراد المالك أخذ الثوب مصبوغاً ولا يضمن للغاصب شيئاً نص في القديم على قولين **أحدهما**: له ذلك كما لو كان ثوباً فقصره وهذا لأنه صار صفةً لا يمكن تمييزه من ملكه والمثل ليس له ذلك لأن له عين مالٍ فيه وهذا هو المذهب والقول الأول ليس بشيء وقيل: إنه رجع عنه.

ولو قال المالك: ادفع قيمة الصبغ إلى الغاصب [٣٣/ب] ليكون لي الثوب مصبوغاً وامتنع الغاصب لا يجبر عليه كما قلنا في النخيل في أرضه إذا قال: ادفع قيمة النخيل لا يجبر على قبوله.

وقال في «القديم»: له ذلك ويجبر الغاصب على قبوله لأنه صار صفةً له بخلاف النخيل وإن زاد ذلك فبلغ قيمته ثلاثين لم يخل الزيادة من أحد أمرين إما أن يكون لاجتماع الصبغ والثوب أو لزيادة السوق فإن كان لاجتماع الصبغ والثوب فالزيادة بينهما نصفين وفيه المسائل التي ذكرناها، ويفارق المفلس إذا صبغ الثوب الذي قيمته عشرة بصبغٍ تسوى عشرةً فبلغت قيمته ثلاثين فالزيادة كلها للمفلس توزع على غرمائه لأنه تصرف في ملكه فالزيادة على قيمة الثوب والصبغ حصلت في ماله وها هنا الملك لهما، وعلى هذا لو كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ خمسة فصارت قيمته ثلاثين تقسم على الثلث والثلثين، وإن كانت الزيادة لأجل السوق نظر، فإن كان السوق زادت فيهما سواء فالزيادة بينهما والحكم فيه كما لو لم يزد ولم ينقص، وإن كان السوق زادت في أحدهما: كانت الزيادة لمن زادت سلعته ينفرد بها وإن نقص نظر، فإن بلغ بعد الصبغ قيمته خمسة عشر فالنقصان على الغاصب وحده ويكون الثوب بينهما لرب الثوب الثلثان وللغاصب الثلث وفيه المسائل التي ذكرناها وإن بلغت بعد الصبغ عشرة فلا شيء للغاصب ولا يجيء ها هنا بيع الثوب لأنه ليس للصبغ قيمة ولا هبة الصبغ أيضاً لأنه مستهلك فإن أراد قلع الصبغ وعليه ما نقص كان ذلك له، وإن نقصت عن العشرة فعلى الغاصب ما نقص، ولو أراد قلع الصبغ ها هنا له ذلك أيضاً.

وقال المزني: هذا نظير ما مضى في نقل التراب ونحوه وأراد به أن الصبغ وإن انمحق ولم يزد قيمة الثوب به لا يجوز له نزعه من الثوب كما قال في البئر لا يجوز له طمها قال أبو إسحاق: وخطأ المزني ها هنا أظهر لأن الصبغ عين مال الغاصب ومن له عين مالٍ فله أخذه انتفع به أو لم ينتفع ولأنه ربما ينتفع به في صبغ ثوبٍ آخر إذا أمرَّ [٣٤/أ] الصبغ بهذه العصارة المستخرجة من هذا الثوب والمسألة مصوَّرة حيث يقدر على الاستخراج، وإن كان الصبغ لغير الغاصب نظر، فإن كان لرب الثوب فقد خلط مالَه بمالِه فإن لم يزد ولم ينقص أو زاد فلا شيء على الغاصب والكل له، وإن نقص فعلى الغاصب ضمان ما نقص، ولو أراد المالك أن يأخذه من غير تقويم له ذلك لأنه لا فائدة في التقويم إذ لا حق فيه لغيره، وإن أراد التقويم ليعرف النقصان فله ذلك ولا أجرة له بحالٍ بما لحقه من المؤونة كما لو أغلى زيتاً بالنار ردَّه ولا شيء عليه لثمن الحطب، وإن كان الصبغ لزيد والثوب لعمرو نظر، فإن لم يزد ولم ينقص فالثوب بين رب الثوب والصبغ نصفان وإن زاد بذلك وكانت الزيادة لاجتماع الصبغ مع الثوب فالحكم على ما مضى.

وقال أصحابنا: إذا قلنا: لصاحب الثوب إجبار الغاصب على قلع الصبغ إذا كان المصبّغ له فها هنا أيضاً لصاحب الثوب قلعه وعلى الغاصب نقصانه، وإن كانت الزيادة لزيادة السوق نظر، فإن كانت فيهما بالسوية فالحكم على ما ذكرنا، وإن كان السوق زادت في **أحدهما**: فالزيادة لمن زادت قيمة سلعته وحده، وإن نقصت عن عشرين فالنقصان في حق صاحب الصبغ وحده ويكون الثوب بينهما على ما ذكرنا. وهذا لأن قيمة الثوب كانت عشرة وفي الصبغ بفعل الغاصب حصل النقصان فكان محسوباً عليه.

مسألة: قال: ولو كانَ زيتاً فخلطَهُ بمثله[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا غصب صاعاً من زيت فخلطه فيه خمس مسائل ذكرها في «الأم» إحداها: أن يخلطه بزيت خير منه. والثانية: أن يخلطه بمثله، والثالثة: أن يخلطه بدونه، والرابعة: أن يخلطه بجنسٍ آخر من الأدهان كالسيرج والبان وغيرهما، والخامسة: أن يخلطه بالماء. فأما الأولة إذا خلطه بزيت خيرٍ منه مثل إن غصب صاعاً قيمته درهمان بصاع قيمته أربعة فهل يكون كالمستهلك أم لا؟ قال: ها هنا يكون كالمستهلك لأنه قال: الغاصب بالخيار [٣٤/ب] إن شاء أعطى بعينه من عينه ويكون متبرعاً بالجودة: وإن شاء أعطى من غيره مثل مكيلته قال أبو إسحاق: وإنما خيَّره بينهما لأنا لو أجبرناه على أن يعطيه من عينه لأضررنا بالغاصب فإن زيته أجود من زيت المالك، وإن أجبرناه على أن يعطيه من عينه ويرجع عليه بما بين القيمتين لكان رباً لأنه يدفع مكيلة زيتٍ ويأخذ مكيلةً أخرى مثلها وشيئاً من الدراهم وهذا رباً وإن قلنا: **يأخذ** من الجيد بمقدار قيمة زيته لكان رباً أيضاً وهذا هو المذهب، وقال في كتاب «التفليس» إذا اشترى زيتاً فخلطه بخيرٍ منه فيه قولان **أحدهما**: أنه يجعل كالمستهلك، **والثاني**: لا يجعل كالمستهلك فيكونان شريكين فمن أصحابنا من قال: ها هنا أيضاً قولان قال أبو إسحاق: وهذا محتمل في النظر ولكن الشافعي لم يومئ إليه.

ومن أصحابنا من قال: في الغصب قول واحد أنه كالمستهلك، والفرق بينه وبين المفلس أن هناك لا يمكنه الرجوع إلى كمال حقه إذا ضارب الغرماء فجعل شريكاً فيه، وها هنا يرجع في بدله وهو كمال حقه ثم إذا قلنا: إنه لا يجعل كالمستهلك فوجهه أن عين ماله موجودة مختلطة بغيره ولا يتميز عنه وكانا شريكين كما لو اشتريا صاعين معاً وعلى هذا فيه قولان:

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ١٨٥).

أحدهما: يباعان ويقسم الثمن بينهما.

والثاني: تقسم العين بينهما على قدر القيمتين وأخذ من هذا الزيت المختلط ثلث الصاعين لأن المالك لا يجبر على بيع ملكه ولا يؤدي هذا إلى الرّبا لأن الربا يدخل في البياعات ولم يجر بين الغاصب والمغصوب في هذا بيع وإنما هو تارك إليه بعض المكيلة مشاعاً والأول اختيار أبي إسحاق، وأما الثانية إذا خلطه بمثله فظاهر النص ها هنا يدل على أنه كالمستهلك أيضاً، واختلف أصحابنا في هذا فقال ابن سريج وأبو إسحاق: ها هنا لا يجعل كالمستهلك قولاً واحداً ويرجع المالك إلى عين ماله وهو قدر مكيلته من هذه الجملة والشافعي جمع بين المسألتين [٣٥/أ] ها هنا ورجع جوابه إلى الخلط بالخير دون الخلط بالمثل وكثيراً يفعل الشافعي ذلك، وقال غيرهما: هذا خلاف مذهب الشافعي لأنه أجاب عن المسألتين وفصَّل ذلك في «الأم» فقال: وإن خلطه بمثله قيل للغاصب: إن شئت أعطيته مكيالاً من هذا الزيت لأنه غير مزدادٍ على حقه ولأنه لا يتميز زيته من زيتِه ليصير كالمستهلك فعلى هذا الخلط بالمثل كالخلط بالخير على ما ذكرنا ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأنه يمكن ها هنا إجباره على إعطائه من عينه لأنه لا يؤدي إلى الضرر بالغاصب فأجبرناه، وأما الثالثة إذا خلطه بأردأ منه فالمنصوص ها هنا أنه كالمستهلك.

ومن أصحابنا من قال: يكون شريكاً فيه ولا يكون كالمستهلك، وقول الشافعي وإن خلطه بشرٍّ منه أو صبَّه في بانٍ جوابه يرجع إلى مسألةٍ واحدةٍ وهي الصب في البان فإن قلنا: يكون شريكاً فيه يباع لهما ولكل واحدٍ منهما من الثمن بحصة زيته، وفيه قول آخر يقسم الجملة بينهما على قدر القيمتين ولا يؤدي إلى الربا على ما ذكرنا وإذا قلنا: إنه مستهلك فحقه في ذمة الغاصب فعلى الغاصب أن يعطيه مثله من غيره فإن أراد أن يعطيه صاعاً من عينه لم يجبر المالك عليه لأنه دون حقه، وإن طالبه المالك بصاعٍ من عينه لم يجبر الغاصب عليه، وإن كان المالك رضيَ بدون حقه وإن اتفقا على ذلك جاز، وإن أراد أن يعطي منه زيادةً بقيمة زيته لم يجبر لأنه رباً.

وقال القاضي الطبري: نص الشافعي أن المالك بالخيار إن شاء أخذ منه مكيلته ولا شيء له غيره لنقصان قيمته ويجبر الغاصب على هذا، وإن شاء طالبه بمثل زيته وهذا أصح. وأما المسألة الرابعة إذا خلطه بغير جنسه فإن كان يتميز عنه كالعسل يؤخذ بتميزه ويلزمه أرش ما نقص من قيمته ومثل ما نقص من مكيلته، وإن كان لا يتميز بالشيرج والبان فهو كالمستهلك بلا خلافٍ لأن تمييزه لا يمكن ولا يجوز أخذه منه لأنه مختلط بغير جنسه فيلزمه [٣٥/ب] أن يغرم مثل مكيلة زيته، وإن اتفقا على أخذ قدر مكيلته منه جاز لأن له أن يأخذ بدل حقه بما يتفقان عليه.

ومن أصحابنا من ذكر فيه وجهاً آخر أنهما يكونان شريكين فيه بقدر القيمة وهذا ضعيفٌ لأن الخلط ها هنا ينقص من كل واحدٍ منهما بخلاف الزيتين إذا خلط الجيد بالرديء لأنه ينقص الجيد ويزيد الرديء فيكونان شريكين فيه، فإن قلنا بهذا الوجه الضعيف فطلب القسمة ليأخذ ثلث الجملة فإن زيته كان يُسوى خمسةً وخلطه بما يُسوى عشرة فإن قلنا: القسمة بيع لا يجوز لأن اختلاط الزيت بغيره مفضي إلى التفاضل وإن قلنا: القسمة تمييز نصيبٍ جاز. وأما الخامسة إذا خلطه بالماء أو بشيء يتميز عنه قال الشافعي: إذا أمكن تمييزه حتى يحصل زيته لا ماء فيه ولا ينقص مخالطة الماء إياه أجبر المغصوب منه على قبوله ويجبر الغاصب على تمييزه وإن لحقه مؤونة وإن قيل: مخالطة الماء إياه تنقص قيمته فإن كان قد تناهى نقصانه أخذه وأرش النقصان، وإن لم يتناه نقصانه فيه قولان:

أحدهما: المالك بالخيار إن شاء أخذه وأرش ما نقص من قيمته على أنه إذا نقص بعده شيء آخر أقام البينة عليه وأخذه، وإن شاء طالبه بمثل مكيلة زيته من غيره.

والثاني: حكاه الربيع يعطيه هذا الزيت بعينه وما نقصه الماء كالحنطة إذا عفنت عند الغاصب ردها وأرش ما نقص بالعفونة وليس له المطالبة بمثل زيته من غيره لأن عين ماله موجودة متميزة فلا يملك المطالبة ببدلها.

ومن أصحابنا من قال: المسألة على قولٍ واحدٍ والذي حكاه الربيع من كيسه وذلك لأن النقص ها هنا لم يستقر ويُخشى زيادته كل يوم ولا ندري قدر ما يزيد حتى نوجب أرشه ويؤدي إلى التنازع أبداً أو قد يؤول إلى الهلاك بفعل الغاصب فيجعل في الحال كالهلاك فيرجع بمثله بخلاف الحنطة إذا عفنت لأن نقصانها مستقر متناهٍ، ومن أصحابنا من قال: أحد القولين ها هنا أنه يجعل كالمستهلك ويجب عليه بدله، ولو اختار الرجوع [٣٦/أ] إلى هذه العين وبما ينقص كل يومٍ لا يجبر الغاصب عليه، وقال بعض أصحابنا بخراسان: أحد القولين أن المالك بالخيار بين أن يسترده ويضمنه ما نقص إلى الآن ولا شيء له في زيادة نقصانٍ توجد بعده وبين أن يتركه به ويرجع بمثله وما تقدم أصح من هذين الطريقين.

فرع

لو غصب حنطةً فخلطها بحنطةٍ فالحكم فيه كما ذكرنا في الزيت إذا خلطه بأجود منه أو بمثله أو بأردأ، وإن خلطها بشعير أو غير ذلك من الحبوب يلزمه تمييزها، وإن شق ولزمته مؤونة بذلك كما لو غصب طعاماً وحمله إلى بلد آخر لزمه رده إليه، وإن لزمته مؤونة عظيمة فيه، وكذلك لو خلطه بجنسه ولكنه يمكنه التمييز مثل صغار الحب بكبار الحب والبيضاء بالسمراء.

فرع آخر

لو غصب ألف درهم وخلطه بألف آخر غصبه من آخر ولا يتميز وهما سواء فيه وجهان **أحدهما**: يقسم بينهما، **والثاني**: هما بالخيار بين القسمة وبين مطالبة الغاصب بالمثل كما لو كانا مختلفين.

فرع آخر

لو غصب حنطةً فزرعها وهي بذر بعد وجمعها ممكن يلزمه جمعها وردها على قياس ما ذكرنا، وقال في «الحاوي» إن قلت: مؤونة جمعها فللمالك أن يطالبه بجمعها وردها، وإن كان يكثر مؤونة جمعها فيه وجهان، وكذلك لو غصب حنطةً في بلدٍ فنقلها إلى غيره هل يكلف الغاصب نقلها ورد عينها أو يجوز له رد مثلها؟ وجهان أيضاً.

فرع آخر

لو لم يمكن جمعها فالمالك بالخيار بين أن يطالب بمثلها وبين أن يصير إلى نباتها وإمكان أخذها فإن أخذ المثل ملك المثل وزال ملكه عن البذر فإذا نبت لا حق له فيه لزوال ملكه عنه بالمثل، وإن صبر إلى نباتها وإمكان أخذها فذلك له لبقائها على ملكه فلو تلف الزرع في الأرض قبل أخذه فإن كان تلفه قبل إمكان أخذه في حال كونه حباً فنقله النمل أو بعد أن نبت على حدٍ لا يمكن أخذه فأكله الدود فعلى الغاصب ضمانه بالقيمة دون المثل في أكثر أحوالها لأن إعواز [٣٦/ب] أخذه قبل التلف بتعديه، وإن كان تلفه بعد إمكان أخذه بقلاً ذا قيمةٍ فالغاصب بريء من ضمانه لأنه بالترك بعد المكنة من الأخذ قاطع لتعدي الغاصب، وإن كان البذر صار بقلاً ذا قيمةٍ يمكن أخذه فإن رضيَ بأخذه بقلاً فهو أحق به فإن كانت قيمته أقل من قيمته حباً ضمن النقصان.

فرع آخر

لو كانت قيمته نقصت عن قيمة الحب في أول إنباته ثم زادت قيمته بعد تمامه فهل يضمن الغاصب لذلك النقصان؟ وجهان **أحدهما**: كما لو نقصت الجارية بمرضٍ ثم زال النقص بزوال المرض هل يضمن أم لا؟ وجهان **أحدهما**: لا يضمن لأنه نقص لم يستقر فجرى مجرى نقص السوق، **والثاني**: يضمن لأن الضمان قد لزم بحدوث النقص فلم يسقط بحادث زيادةٍ لا يملكها.

فرع آخر

لو قال: لا أرضى به بقلاً وأريد مثل المغصوب مني حباً فيه وجهان **أحدهما**: يجاب إلى طلبته ليصل إلى مثل المغصوب منه، **والثاني**: لا يستحق ذلك لأن العين المغصوبة موجودة وإن انتقصت كالشاة إذا ذبحت والثوب إذا أخلق.

فرع آخر

لو كانت الأرض للغاصب فهل يجبر على استبقاء الزرع في أرضه إلى وقت حصاده؟ وجهان **أحدهما**: لا يجبر عليه وله أخذ المغصوب منه بقلعه لحصول البذر في الأرض بالتعدي، **والثاني**: يجبر الغاصب على تركه إن بذل له المغصوب منه أجرة المثل من وقت التسليم إلى وقت الحصاد لحصول البذر في أرضه باختياره.

فرع آخر

لو صار سنبلاً فللمغصوب منه أخذه في سنبله، وليس له مطالبة الغاصب بالبدل لأنه في سنبله عاد إلى حاله قبل غصبه.

فرع آخر

لو أخذ العشر من الغاصب فإن كان والياً لا يجزى أخذه لجوره ضمن الغاصب ذلك، ولو أن الإمام أخذه لا ضمان على الغاصب لجوازه عن فرضه.

فرع آخر

لو غصب دقيقاً فنخله واستهلك نخالته فيه وجهان **أحدهما**: يضمن قيمة النخالة، **والثاني**: يضمن [٣٧/أ] أغلظ الأمرين من قيمة النخالة أو من نقص الدقيق بنخل النخالة وقد مضى نظير هذين الوجهين في استهلاك التراب من الأرض.

مسألة: قال: ولو أغلاهُ على النارِ[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا غصب زيتاً فأغلاه على النار لا يخلو من أربعة أحوال إما أن لا ينقص قيمته ولا مكيلته، أو نقصت مكيلته ولم تنقص قيمته، أو نقصت قيمته دون مكيلته، أو

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ١٨٨).

نقصت قيمته ومكيلته، فإن لم ينقص بأن غصب صاعين يساويان أربعة فأغلاهما وقيمتهما بعد الغلي أربعة ومكيلتهما صاعان يردان على المغصوب منه ولا شيء على الغاصب، وإن نقصت مكيلته دون القيمة بأن صار إلى صاع وقيمته أربعة ضمن الصاع الناقص بصاعٍ مثله لأنه تلف بفعله ولا يجبر نقصان العين بزيادة القيمة، وفيه وجه آخر أنه يجبر ذلك بزيادة القيمة وليس بشيء وقيل: فيه وجهان ولا يصح ذلك لأن المنصوص ما ذكرنا، وإن نقصت القيمة دون المكيلة مثل أنه لم ينقص كيلهما ولكن أصابهما حر النار فتغير لونهما وطعمهما فصارت قيمتهما درهمين فعليه أرش النقصان ويسترجع المغلي، وإن نقصت كلتاهما فصارت قيمتهما درهماً ورجعا إلى صاعٍ فعليه ضمان الصاع التالف وما نقص من القيمة أيضاً لأن كل واحدٍ منهما يضمن بالانفراد فيضمن عند الاجتماع.

فإن قيل: إذا غصب زيتاً فخلطه بأردأ منه فنقصت قيمته قلتم: المالك بالخيار إن شاء أخذ مثل زيته، وإن شاء أخذ من عينه مثل مكيلته من غير أرش النقصان فما الفرق؟ قلنا: الفرق أن ها هنا يأخذ عين ماله فجاز أن يأخذ معها ما نقص من قيمته وليس كذلك في الخلط لأنه يأخذ بدل ماله ولا يجوز أن يأخذ بدل مكيلته وزيادة دراهم لأنه ربا وهذا كما نقول: لو غصب ديناراً فقرضه أخذه وما نقص من قيمته وإن أتلفه لم يجز أن يأخذ ديناراً رديئاً [٣٧/ب] وأرش النقصان، فإذا تقرر هذا رجعنا إلى لفظ الكتاب فمن أصحابنا من يقرأ: وما نقصت مكيلته أو قيمته بفتح التاء، ومنهم من يقرأ: أو قيمته بضم التاء وفي بعض النسخ وما نقصت مكيلته وقيمته بحذف الألف وفي بعضها أو قيمته بإثبات الألف فمن قرأ: أخذه وما نقصت مكيلتُه وقيمتُه بحذف الألف وضم التاء من القيمة فمعناه إذا كان عين الزيت ناقصة والقيمة ناقصة أخذ العين الناقصة وغرم كلا النقصانين.

ومن قرأ بإثبات الألف وضم التاء فمعناه تنويع الحالتين في النقصان أي إن كان النقصان واقعاً في المكيلة دون القيمة أخذه وما نقصت مكيلته، وإن كان النقصان واقعاً في القيمة دون المكيلة أخذ المكيلة بتمامها أو غرمه نقصان القيمة.

ومن قرأ أخذه وما نقصت مكيلته أو قيمتَه بفتح التاء وإثبات الألف فمعناه إذا كان النقصان واقعاً في المكيلة وذلك النقصان غير متناه كان المالك بالخيار إن شاء أخذ ما وجد من زيته بنقصه ورجع على الغاصب بأرش النقصان، وإن شاء تركه في يد الغاصب وغرمه مثل زيته إن كان المثل موجوداً أو قيمته إن كان المثل مفقوداً.

فإن قال قائل: على هذه القراءة إذا كان الزيت من ذوات الأمثال كيف يجوز إذا كان النقصان غير متناه أن يخيره الشافعي بين أخذ زيته وأخذ قيمته وهلاَّ قال: أخذه وما نقصت

مكيلته أو مثله؟ قلنا: لعله عبّر عن المثل بالقيمة كما يعبر مجازاً عن القيمة بالمثل، وقال الشافعي في كتاب الطهارة في مسألة الجنب والميت: فإن خافوا العطش شربوه ويمّموه وأدوا ثمنه في ميراثه وأراد بالثمن المثل، **والثاني**: لعله صور المسألة عند عدم المثل والمثل إذا كان معدوماً كان المرجع إلى القيمة وهذه القراءة أضعف القراءات لهذا السؤال.

فرع

إذا أغلاه على النار فنقص من قيمته كون مكيلته ولم يكن النقص منتهياً بل يحدث نقص آخر بعده فإن كان ما ينتهي إليه من النقص الثاني [٣٨/أ] محدوداً فليس له إبدال الزيت بغيره وينتظر حدوث نقصانه فيرجع به، ولو تلف الزيت قبل انتهاء نقصانه فهل يرجع بما كان ينتهي إليه من نقصٍ؟ وجهان مخرجان من القولين فيمن قلع سن صبي لم يُثغر فانتظرنا النبات فمات قبل معرفتنا أنه نبتت أم لا هل يستحق ديته؟ قولان: **أحدهما**: لا أرش للعدم حدوثه ولو كان باقياً فطالب به قبل حدوث النقص كان له أيضاً.

فرع آخر

لو لم يهلك الزيت ولكنه باعه قبل انتهاء نقصانه فإن أُعلم به المشتري فلا رد له لعلمه نصيبه، وللمالك أن يرجع على الغاصب بنقصه لأنه عاوض عليه ناقصاً، وإن لم يُعلم المشتري به فله الرد بحدوث نقصه، فإن لم يرض به ورده رجع المالك بأرشه على الغاصب، وإن رضي به ولم يرده ففي رجوعه على الغاصب بأرش نقصه وجهان **أحدهما**: لا يرجع لأنه بالمعاوضة سليماً وقد وصل إليه من جهة المشتري تمام ثمنه، **والثاني**: يرجع لضمانه له بالغصب ولا يكون حدوث رضا المشتري به براءة للغاصب منه، وإن كان ما ينتهي إليه من النقص في الثاني غير محدود فقد ذكرنا قولين وقيل وجهان.

فرع آخر

لو غصب عصيراً فأغلاه حتى صار رُبّاً ونقصت مكيلته قال ابن سريج: يرده ولا يلزمه نقصان المكيلة لأن العصير إذا أغلي تداخلت أجزاؤه ويكون نقصان المكيلة بتداخل الأجزاء وذهاب الرطوبة المائية لا بتلفها، وليس كذلك في الزيت فإن نقصانه بتلف بعض الأجزاء، وقال صاحب «الإفصاح»: هذا عندي غير صحيح لأن النقصان قد حصل فيه من طريق المشاهدة كما في الزيت والأول أصح لأن أجزاء العصير كلها موجودة فيه، وإن كانت قد اجتمعت وثخنت، ألا ترى أنه إذا وُزن تحصل منه مثل وزن العصير، وقوله: إن النقصان حصل من طريق المشاهدة لا يصح لأنه لو غصب دقيقاً ولتّه بدهن أو عجنه بماء قد نقص

مكيلته من طريق المشاهدة ولا يلزمه [٣٨/ب] النقصان لأن الأجزاء موجودة كذلك ها هنا.

فرع آخر

لو غصب لبناً فعمله جبناً رجع به جبناً وبالنقص إن كان في قيمته وهل يرجع بنقص مكيلته؟ فيه وجهان كما قلنا في العصير إذا أغلي فانتقص مكيلته.

مسألة: قال: وكذلك لو خلطَ دقيقاً بدقيقٍ فكالزيتِ[1].

وهذا كما قال: إذا غصب دقيقاً فخلطه بدقيق من عنده قال الشافعي ها هنا: هو كالزيت إذا غصبه ثم خلطه بزيتٍ من عنده، واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال وهو الصحيح: معناه أنه يصير شريكاً للغاصب كما نقول في الزيت ولكن لا يجوز قسمة الدقيق، كما لا يجوز بيع بعضه ببعضٍ بخلاف الزيت لأنه إذا غصب زيتاً فخلطه بزيتٍ من عنده يجوز لهما أن يقتسماه لأن بيع الزيت بعضه ببعضٍ متماثلين جائز وتشبيه الشافعي إياه بالزيت في ثبوت الشركة بالبيع دون المقاسمة، ومنهم من قال: قول الشافعي: أنه كالزيت أراد في أنه يصير مستهلكاً فتضمن قيمته ولم يردْ به أنه كالزيت في أن له مثلاً وهذا لأنه لا مثل للدقيق لاختلاف طحنه المفضي بالصنعة والعمل إلى عدم تماثله ويفارق الحنطة التي ليس للآدميين صنعة في كبر حبها وصغره وهذا اختيار أبي إسحاق وابن أبي هريرة فعلى هذا إذا خلط الدقيق بالدقيق فيه وجهان **أحدهما**: يلزمه قيمته، **والثاني**: يكونان شريكين فيه فيقتسمان ثمنه، ولو أرادا الاقتسام فيه وجهان بناءً على أن القسمة بيع أو إقرار حقٍ، ومن أصحابنا من قال: إن كانت قيمتها متفاوتة لا تجوز القسمة لأنه إذا قسم على القيمة يتفاوت، وإن كانت قيمتها متساوية فعلى وجهين على ما ذكرنا.

وقال أبو الطيب بن سلمة: تجوز القسمة بكل حالٍ لأنه لا ربا في القسمة وهذا لا يصح لأنا إذا قلنا: إنها بيع فالربا فيهما واحد وإن قلنا: إقرار حق لا يمكن إيصال كل واحدٍ منهما إلى حقه لجواز أن يكون بعضه أنقص من بعض فيأخذ المكيال من الناعم أكثر فلا تكون قسمة عدل، وقال ابن سريج: هو كالزيت في أن له مثلاً لظاهر كلام الشافعي ها هنا وهذا لأنه لا تتماثل أجزاؤه وإن تفاوت [٣٩/أ] الطحن في النعومة والخشونة وهذا أقرب من تفاوت الحنطة في صغر الحب، وقد روى الكرابيسي عن الشافعي أنه يجوز بيع الدقيق بالدقيق فيكون كالزيت من كل وجهٍ وهذا ضعيف لما ذكرنا ولم تصح رواية الكرابيسي عن الشافعي.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ١٩٠).

مسألة: قال: ولو كانَ قمحاً فَعَفَّنَ عندهُ ردَّهُ وقيمةُ ما نقص[(١)]

وهذا كما قال: إذا غصب حنطةً أو غيرها من الحبوب فعفنت لطول مكثها أو بلها بالماء فإن استقر نقصها ردها وما نقص، وإن لم يستقر فقد ذكرنا فيه الخلاف، واعلم أن الشيخ أبا حامد جعل العفن كالبلّ، وقال القاضي الطبري: العفن ليس من فعله فلا يضمن وما يتولد منه بخلاف البل فيردها وما نقص به قولاً واحداً وهذا أصح، فإن قيل: العفن مضمون عليه لوجوده في يده كالبل الذي حصل بفعله فكل ما توّلد منهما سواء في الضمان ولهذا لا فرق بين أن يبتل بماء المطر أو بفعله أو بفعل غيره قلنا: النقص إذا حصل بالبل ثم زاد فتلك الزيادة متولدة من البلل فضمن، وأما العفونة تزيد ببقائه ومكثه في يده كما في الأصل حصل بذلك لا أن بعضها يتولد من بعضٍ فافترقا. وقال أبو حنيفة: المالك بالخيار بين أن يطالبه ببدل العفنة وبين أن يمسكها ولا شيء له، لأنه لو ضمنه النقصان لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا غلط لأن عين ماله باقية وإنما حدث فيها نقصان وكان له ما نقص كما لو كان ثوباً فخرَّقه عرضاً.

مسألة: قال: وإنْ غصبَهُ ثوباً وزعفراناً فصبغه به فربُّهُ بالخيار، إن شاء أخذهُ، وإن شاءَ قوّمه وزعفرانُه صحيحاً[(٢)].

الفصل

وهذا كما قال: إذا غصب ثوباً وزعفراناً من رجل فصبغه به قد ذكرنا هذه المسألة وأعادها الشافعي ها هنا لأن الزعفران إذا كان صحيحاً كان أثمن منه إذا كان مطحوناً، وروى الربيع مثل هذا اللفظ أيضاً وموضع الإشكال أنه قال: فربه بالخيار إن شاء أخذه، وإن شاء قومه أبيض وزعفرانه صحيحاً وضمنه قيمة ما نقص وهذا الثوب لم يحدث به نقصان لا نهاية له فكيف يتخير المالك في أخذه وتركه، وظاهر اللفظ [٣٩/ب] يقتضي تخييره فنقول: مراد الشافعي بذكر المشيئتين تنويع الحالتين أي: إن كان الثوب والصبغ غير ناقصين أخذ الثوب مصبوغاً ولا شيء له.

وقد قال في الكبير: ولا شيء له والمزني ما نقله، وإن كانت القيمة ناقصة أخذ الثوب ورجع على الغاصب بالنقص ويحتمل معنًى ثانياً وهو أن رب الثوب بالخيار بين الاستقصاء في استيفاء حقه وبين المسامحة فإن اختار المسامحة أخذ الثوب مصبوغاً على أي حالٍ كان

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ١٩١).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧/ ١٩٦).

ولم يغرم الغاصب شيئاً، وإن شاء الاستقصاء قوّم الثوب أبيض وزعفرانه صحيحاً وغرمه ما نقص إلا أن هذا يضعف بما حكينا من لفظ الشافعي في الكبير حيث قال: أخذه ولا شيء له ومن كان له حق فتركه على وجه المسامحة لم يحسن أن يقال: ولا شيء له.

فرع

قال: لو غصب من رجل سمناً وعسلاً ودقيقاً فعصده كان لصاحبه أن يقوم كل واحدٍ منهما على الانفراد ثم تقومها معصوداً، فإن نقصت قيمتها غرمه النقصان، وإن زادت قيمتها كانت له بزيادتها ولا حق للغاصب فيها ولا أجرة له ولا قيمة فيما أحرقه من الحطب، وإن كان نقصانها غير متناهٍ فعلى ما ذكرنا.

فرع آخر

لو غصب حنطة فطحنها يلزمه ردها مطحونة فإن نقصت قيمتها يلزمه ما نقص من قيمتها وإن طحنها ناعمة فزادت قيمتها فلا أجرة للغاصب فيما فعل وعليه رد الدقيق إلى صاحبه ولا يملكه بالطحن، وقال أبو حنيفة: يملكه بالطحن وهذا غلط لأنه عدوان محض فلا يملك به المغصوب وهكذا الخلاف إذا غصب غزلاً فنسجه ثوباً أو حديداً فعمل منه السكاكين أو ثوباً فقطعه وخاطه قميصاً، أو غصب شاةً فذبحها وشواها ويمكن أن يقال: هذا النقص بالشيء غير مستقر لأنه في المتعقب فيكون الحكم فيه ما ذكرنا من الطريقين واحتج بما روي أن النبي ﷺ زار قوماً من الأنصار في دارهم وقدموا إليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوكها ولا يُسيغها فقال: أن هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بغير حق فقالوا: نعم يا رسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاةً لبعض جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها فقال النبي [٤٠/أ] ﷺ: «أطعموها الأسارى»[١] فدل على أنه انقطع عنها حق مالكها بالذبح والشواء لأنه لم يأمر بردها إلى مالكها قلنا: يحتمل أنه كان صاحبها غائباً وخاف فسادها فأمر بإطعام الأسارى لاضطرارهم إليها حتى يؤدي القيمة من بيت المال.

فرع آخر

لو غصب نقرةً فضربها دراهم فهي لصاحب النقرة ووافقنا فيه أبو حنيفة، ثم إن لم يكن نقص أصلاً ولا زاد فلا شيء، وإن زاد ولم ينقص فالزيادة للمالك ولا شيء للغاصب وإن نقص من الأجزاء فعليه ضمان ما نقص من الأجزاء وإن نقصت القيمة والأجزاء ضمن كليهما.

---

(١) أخرج نحوه أبو داود في البيوع، باب في اجتناب الشبهات (٣٣٣٢) وأحمد في «مسنده» (٢٢٠٠٣).

فرع آخر

لو غصب شاةً ثم استدعى قصاباً وأمره بذبحها فذبحها يأخذها صاحبها مذبوحة وله أرش النقص ويطالب من شاء من الذابح والغاصب ولكن إن ضمن الذابح رجع على الغاصب لأنه ذبح للغاصب فصار كما لو ذبح بنفسه، ويفارق هذا إذا غصب طعاماً ثم أطعمه غير المالك فغرم الطاعم للمالك لا يرجع به على الغاصب في أحد القولين لأن هناك صرفه إلى ملك نفسه بخلاف الذابح.

فرع آخر

لو غصب مجوسي شاةً فذبحها ضمن جميع قيمتها والمغصوب منه أحق بجلدها لأنه بعين ماله فإن غلبه رجل فدبغه هل يملكه؟ فيه وجهان.

فرع آخر

لو اشترك مسلم ومجوسي في ذبح شاةٍ مغصوبة قال في «الحاوي»: ضمن المجوسي نصف قيمتها لأنه أحد الذابحين، وضمن المسلم نصفها لو لم يكن المشارك له في الذبح مجوسياً مثاله أن تكون قيمة الشاة عشرين درهماً، ولو ذبحها صارت قيمتها عشرة فيضمن المسلم خمسة والمجوسي عشرة وهذا غريب وعندي يلزم الضمان الكامل عليهما نصفين لأنهما أتلفاها معاً.

فرع آخر

لو قال الغاصب في الثوب المصبوغ: أذنت لي في صبغه وأنكر المالك فالقول قول المالك مع يمينه، فلو قال أذنت لك ثم رجعت عن الإذن قبل صبغك، وقال الغاصب: بل كنت إلى حين الصبغ على إذنك فيه وجهان.

فرع آخر

لو اختلفا في الصبغ فقال المالك: هو لي [٤٠/ب] وقال الغاصب: بل هو لي فإن كان الصبغ مما يمكن استخراجه فالقول فيه قول الغاصب مع يمينه لأجل يده، وإن كان مما لا يمكن استخراجه فالقول قول المغصوب منه مع يمينه لأنه صار مستهلكاً في الثوب فجرة مجرى أجزائه.

فرع آخر

صبَّاغ الثوب بالأجر إذا اختلفا هكذا فإن كان الصباغ أجيراً منفرداً فالقول قول رب

الثوب، وإن كان أجيراً مشتركاً فالقول قول الصباغ، والفرق أن اليد في الأجير المنفرد لرب الثوب واليد في المشترك للأجير فافترقا في هذا الحكم.

فرع آخر

لو كان المغصوب حجراً فبنى عليه منارة مسجد أخذ بنقض المنارة لرد الحجر ثم عليه غرم نقض المنارة للمسجد فإن كان هو المتطوع ببنائها لخروج ذلك عن ملكه.

مسألة: قال: ولو كانَ لوحاً فأدخله في سفينةٍ[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا غصب ساجةً فبنى عليها جداراً لا يملكها وعليه قلعها وردها على صاحبها، وإن لحقه ضرر عظيم في ذلك وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: لا يلزمه ردها ويملكها بالبناء عليها فيرد قيمتها وهذا غلط لأنه مغصوب يجوز له رده فوجب رده كما لو بنى حولها ولم يبن عليها فإذا ثبت هذا فقلعها وردها، فإن نقصت قيمتها يلزمه أرش النقص، والأجرة إن مضت مدة لمثلها أجرة وإن عفنت تحت البناء بحيث لو أخرجت لا قيمة لها تؤخذ منه قيمتها ولا تقلع لأنها صارت مستهلكة فهو كالثوب إذا احترق، ولو أدخلها في سفينة لا يخلو إما أن يكون على الشط أو في الماء فإن كانت في الشط في موضع لا يخشى من قلع اللوح الغرق فهو كما لو كان في البناء يؤمر بنزعها وردها على صاحبها، وإن كانت في وسط الماء فإن كان اللوح في أعلاها بحيث إذا قلع لا يدخل الماء إليها قلع، وإن كان في أسفلها بحيث إذا قلع دخلها الماء نظر، فإن كان في السفينة آدمي أو بهيمة أو مال لغير الغاصب لا يجوز نزعها حتى ترد إلى الشط، ثم ينزع في موضعٍ يؤمن فيه من غرق الحيوان وهلاك المال، وإن كان فيها مال للغاصب اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: [٤١/أ] يؤمر بنزعها وإن أدى إلى هلاك ماله كما نأمره بنزع الساجة من بنائه، وإن أدى إلى نقص بنائه ومنهم من قال: ترد إلى الشط ثم يؤمر بنزعها لأن لنا طريقاً إلى نزعها من غير هلاك ماله وليس كذلك هناك وهذا أقرب إلى المذهب وأصح وكذلك إن لم يكن فيها مال وخيف غرق السفينة وحدها فإذا قلنا: لا ينزع حتى ترد إلى الشط يخير المغصوب منه فيقول له: إن شئت صبرت حتى تأخذ في الشط عين مالك، وإن شئت طالبت بالقيمة في الحال فأيهما اختار كان له، فإن صبر فالكلام في النقص والأجرة على ما ذكرنا.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ١٩٨).

ومن أصحابنا من قال: لا فرق بين أن يكون المال للغاصب أو لغيره فحكمه نزع اللوح ورده إلى صاحبه وهذا ضعيف لأنه لم يوجد التعدي من غير الغاصب فلا يجوز إتلاف ماله، وقال أبو حنيفة: لا ينزع اللوح بحالٍ للضرر الذي يلحقه بالنزع فنقول: عندكم لو غصب ألواحاً ومساميراً واستسخر جماعة وكلفهم تركيب السفينة من الأعيان المغصوبة لم يكن لهم حق في أعيان أموالهم بل حقهم في القيمة وأي ضرر لحقه ها هنا فدل أن ما قاله ظاهر الفساد.

فرع

لو اختلطت هذه السفينة التي أدخل اللوح في بنائها بعشر سفن للغاصب ولا يوصل إليها إلا بهدم جميعها فيه وجهان:

أحدهما: يهدم جميعها حتى يوصل إليه كما يهدم جميع السفينة الواحدة ليوصل إليه.

والثاني: لا يجوز هدم شيء منها إلا أن يتعين اللوح فيها ويلزم القيمة لأنه لا يجوز أن يستهلك عليه مال لا يتيقن التعدي فيه، وأما إذا غصب خيطاً فخاط به شيئاً لا يخلو إما أن يخيط ثوباً أو جرح حيوان فإن خاط ثوباً أمر بفتقه ورد الخيط إلى صاحبه والتزام النقص إن كان قد دخله النقص، وإن خلُقَ الثوب وصار بحيث إذا خرج منه تقطع ولم ينتفع به لا ينزع ويصير كاللوح إذا عفن تحت البناء، وإن خاط به جرح حيوان لا يخلو إما أن يكون آدمياً أو بهيمةً فإن كان آدمياً نظر، فإن خاف من نزعه تلفه لا يحل نزعه قولاً واحداً [٤١/ب] لأنه لو احتاج إليه في الابتداء له غصبه لذلك، وإن كان يخاف من نزعه شدة الضنى وتباطؤ البرء فيه وجهان بناءً على القولين فيمن خاف من إمساس الماء شدة الضنى أو تباطؤ البرء هل له التيمم أم لا؟ وإن كان يخاف الزيادة في العلة قد قيل: لا ينزع قولاً واحداً وقيل: فيه وجهان أيضاً، وإن كان بهيمةً لا يخلو إما أن يكون مما يحل قتله كالذئب والكلب العقور فيؤمر بنزعه وإن أدى إلى تلفه لأنه لا حرمة له في نفسه وكذلك المرتد، وإن كان مما يحل قتله لا يخلو إما أن يكون مما يحل أكله أو لا يحل فإن كان مما لا يحل أكله فالحكم فيه ما ذكرنا في الآدمي لأن لهذا الحيوان حرمة في نفسه فإن كان مما لا يحل أكله فيه قولان **أحدهما**: يؤمر بذبحه ورده رواه الربيع لأن أكثر ما فيه دخول الضرر على الغاصب ويجوز ذلك كما يجوز نقض بنائه، **والثاني**: وهو ما نقله المزني وهو المذهب لا يذبح بل تلزمه قيمته لأن النبي ﷺ «نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلةٍ»(١) وهذا ذبح لغير مأكلةٍ فإذا

---

(١) تقدم تخريجه.

قلنا: لا ينزع يؤخذ من الغاصب قيمة الخيط ثم إن أخرج الخيط يوماً وهو صحيح ينتفع به فللمالك أن يسترده ويرد القيمة كما قلنا في الآبق إذا غرم القيمة ثم عاد، وقال بعض أصحابنا بخراسان: القولان في الحيوان المأكول للغاصب، وإن كان لغير الغاصب لا ينزع قولاً واحداً.

فرع

لو خاط به جرح حيوان ثم مات الحيوان ثم طالب المالك، فإن لم يكن له حرمة بعد موته ينزع، وإن كان مما له حرمة كالآدمي فإن لم يفحش ابن آدم بعد نزع الخيط نزع، وإن كان يفحش لم ينزع لقوله ﷺ: «حرمة ابن آدم بعد موته كحرمته في حياته»[1] هكذا ذكر في «الحاوي»، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل ينزع بعد موته وجهان؟ والأصح أنه لا ينزع بحالٍ.

مسألة: قال: ولو غصبَ طعاماً فأطعمَهُ منْ أكله[2].

الفصل

وهذا كما قال: إذا غصب طعاماً ثم أطعمه [٤٢/أ] إنساناً لا يخلو إما أن أطعمه غير المالك أو أطعمه المالك فإن أطعمه غير المالك فالكلام في ثلاثة فصول في الضمان وقدره والرجوع، وأما الضمان فله أن يضمن من شاء منهما من الغاصب والآكل لأنه أتلف مال غيره من غير إذنه والغاصب أخذه من غير إذنه. وأما قدر الضمان يطالب الغاصب بأكثر ما كانت قيمته من حين الغصب إلى حين قبضه الآكل وأكله أو يطالب الآكل بأكثر ما كانت قيمته من حين قبضه إلى أن أكله ولا يضمنه ما حصل في يد الغاصب على ما ذكرنا فيما تقدم.

وأما الكلام في الرجوع لا يخلو الغاصب حين أطعمه من ثلاثة أحوال إما أن يقول: كُل وأطلق أو يقول: كُل فإنه لفلانٍ غصبته منه أو كُل فإنه مالي فإن قال: كُل وأطلق أو قال: قد وهبته لك فحكمهما سواء هل يرجع الآكل على الغاصب؟ قولان **أحدهما**: لا يرجع لأنه دخل فيه على أن لا يكون مضموناً عليه، **والثاني**: لا يرجع لأنه أتلفه في منفعة نفسه وهذا أشبه وهو بمنزلة الرجوع بالمهر على الغاصب إذا غرمه المشتري قولان على ما

(١) لم أجده.

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٠٥).

ذكرنا، وإن غرم الغاصب هل يرجع على الآكل؟ قولان:

فإن قلنا: إذا غرم الآكل لم يرجع على الغاصب رجع الغاصب على الآكل.

وإن قلنا: إذا غرم الآكل يرجع على الغاصب لا يرجع الغاصب على الآكل، وقال البصريون من أصحابنا: لو أذن له بأكله فأكله من غير هبةٍ وإقباضٍ يرجع الآكل على الغاصب قولاً واحداً، والقولان إذا أكله بعد الهبة والإقباض فعلى هذا لو غرم الغاصب لا يرجع به على الآكل قولاً واحداً وإن قال: كُلْه فإني غصبته فللمالك أن يرجع على من شاء على ما ذكرنا ثم إن رجع على الغاصب رجع الغاصب على الآكل قولاً واحداً، وإن رجع على الآكل لم يرجع به على الغاصب قولاً واحداً لأنه لم يغرَّم وإن قال: كُله فهو ملكي فإن رجع على الغاصب فغرم لم يرجع به على الآكل قولاً واحداً لأنه يقول أكلت ملكي فلا أرجع به عليك وإن رجع [٤٢/ب] على الآكل هل له الرجوع على الغاصب؟ قولان وإن أطعمه المالك فإن كان يعلم أنه طعامه فقد برئ من ضمانه، وإن لم يعلم فيه قولان:

أحدهما: لا يبرأ من ضمانه وهو الصحيح المنصوص لأنه أكله على أنه مال المطعم ولم يأكله على أنه مال نفسه فلا يبرأ من ضمانه.

والثاني: حكاه الربيع عنه أنه يبرأ من ضمانه لأنه باشر إتلافه بنفسه فلا يجوز أن يرجع بضمانه على غيره وبه قال أبو حنيفة وهو اختيار المزني، وقال البصريون: إذا قال المالك: كله فأكله لا يبرأ من ضمانه قولاً واحداً لأن استهلاكه كان بإذن الغاصب فكان وباله عليه.

فرع

لو وهبه ولم يعلمه بحالة فقبضه وأكله فيه طريقان أحديهما أنه لا فرق ففيه قولان أيضاً وهو ظاهر كلام الشافعي لأنه أطلق الإطعام من غير تفصيل، والثانية أنه لا يبرأ من الضمان قولاً واحداً لأنه رده إلى يده رداً تاماً وليس كذلك إذا أباحه له لأنه لم يرده إليه، ألا ترى أنه لا يجوز للمطعم أن يتصرف فيه إلا بالأكل وحده.

فرع آخر

لو دفعه إلى مالكه على وجهٍ يجب به الضمان كالعارية أو الشراء أو الأخذ بالسوم يبرأ في جميع ذلك، ولو دفع إليه وديعة ورهناً أو قراضاً ونحو ذلك لا يبرأ من الضمان ذكره القفال، وفيه وجه آخر يبرأ لأنه عاد إلى يده.

فرع آخر

لو علفه دابة المالك أو أطعم عبده لا يبرأ من الضمان قولاً واحداً، وإن علف دابته بإذنه ولم يعلم هو أنه له ينبغي أن يكون على القولين.

فرع آخر

لو أذن له بعتقه فإن علم بحاله ينفذ عتقه ويبرأ هو من ضمانه، وإن لم يعلم بحاله قال أبو حامد: لا ينفذ عتقه، ومن أصحابنا من قال: يعتق ولا يبرأ من ضمانه وهو الأصح.

فرع آخر

لو كان عبداً فقال: اقتله فإنه ملكي فقتله المالك يبرأ الغاصب على الصحيح من المذهب لأن القتل لا يباح [٤٣/أ] بالإباحة فلا يوجد التعزير، وفيه وجه آخر لا يبرأ من ضمانه.

فرع آخر

لو وهب من رجل فأكله ثم اختلفا فقال الغاصب للآكل: علمت غصبه وأنكر العلم فإن قال الغاصب: أعلمتك عند الهبة أنه مغصوب فالقول قول الغاصب وإن قال: علمت من غيري فالقول قول الموهوب له، والفرق أنه إذا ادعى إعلامه بنفسه فقد أنكر عقد الهبة على الصحة فقبل قوله بخلاف ما لو قال: علمت من غيري.

مسألة: قال: وإذا حلَّ دابةً أو فتح قفصاً عن طائر[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا حل دابةً أو فتح قفصاً عن طائر نقل المزني أنهما إن وقفا ثم ذهبا فلا ضمان وهو منصوص في «الأم» في كتاب اللقطة، وقال في القديم: إذا حل دابة أو فتح قفصاً عن طائر فذهبا فلا ضمان وأطلق وجملته أن فيها مسائل إحداها أن يفتح القفص ويهيجه وينفره أو فتحه ينفره فطار فعليه الضمان قولاً واحداً وكذلك في الدابة لأنه ألجأه إلى الذهاب. والثانية أن يفتحه فوقف وقفةً ثم طار فلا ضمان عليه قولاً واحداً لأنه نص قوله في كتاب اللقطة وظاهر قوله في القديم، وكذلك في الدابة لأن الفتح سبب غير ملجئ والطيران مباشرة وقعت باختيار الطير وإذا اجتمع السبب والمباشرة في الإتلاف ولم يكن السبب ملجئاً

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/٢٠٨).

وتعلق الضمان بالمباشرة اختص بها كما لو حفر بئراً في طريق المسلمين وجاء آخر فطرح فيها حيواناً لإنسان فمات يلزم الضمان على الطارح دون الحافر.

وقال مالك: يضمن، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا قول آخر للشافعي وأنكره أهل العراق، واحتج بأن فتح القفص سبب في إتلافه فضمنه وهذا غلط لما ذكرنا. والثالثة أن لا يقفا عقيب الفتح والحل وذهبا في الحال فظاهر ما نقله المزني أن عليه الضمان لأنه شرط وقوفهما بعد الفتح ساعة [٤٣/ب] في سقوط الضمان فدليله أنهما إذا لم يقفا وذهبا من ساعتهما يجب الضمان.

وقال في «الإفصاح»: ذكر الشافعي في هذه المسألة في كتاب اللقطة، وقال: لا ضمان عليه وأطلق والقاضي أبو حامد خالفه في هذه الحكاية، وقال: شرط الشافعي في كتاب اللقطة ذهابهما بعد وقوفهما في سقوط الضمان، وفي الجملة اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: لا ضمان عليه ولا فرق بين ذهاب الطير من ساعة الفتح وبين ذهابه بعد وقوفه، وقال: لا أجعل لكلام الشافعي دليل الخطاب وبه قال أبو حنيفة، وهذا لأن هذا السبب غير ملجئ فأشبه إذا وقف ثم خرج، وقال أكثر أصحابنا وهو اختيار أبي إسحاق وابن أبي هريرة: يلزمه الضمان لاتصاله بالسبب فصار كالإلجاء وهذا ظاهر ما نقل المزني، ومن أصحابنا من قال: إن كان الدنو منه هيّجه ضمن وإلا فلا يضمن قولاً واحداً.

فرع

لو أمر طفلاً أو مجنوناً بإرسال طائر في يده فأرسله فطار فهو كفتح القفص عنه أو نفَّره أو أمر الطفل بتنفيره ضمنه، وإن لم ينفره ولبث زماناً لم يضمنه وإن طار في الحال فيه وجهان.

فرع آخر

لو كان الطائر ساقطاً على برجٍ فنفره بحجر رماه به فطار من تنفيره لم يضمن.

فرع آخر

لو رمى رجل حجراً في هواء فأصاب طير رجل ضمنه عمد أو لم يعمد لأنه ليس له منع الطائر من الطيران في هوائه، بخلاف ما لو دخلت البهيمة داره فمنعها بضرب لا تخرج إلا به لا يضمنها لأن له منع البهيمة من داره.

فرع آخر

لو فتح مراح غنم فخرجت ليلاً فرعت زرعاً فإن كان الذي فتحه المالك ضمن الزرع، وإن كان غير المالك لم يضمنه، والفرق أن المالك يلزمه حفظها بالليل فإذا فتح عنها ضمن لترك حفظها بالليل حتى لو كان نهاراً لا يضمن وغير المالك لا يلزمه حفظها فإذا فتح عنها لم يضمن.

فرع آخر

لو حلَّ دابةً مربوطةً على علف أو شعير فأكلته لم يضمن لأن الدابة [٤٤/أ] بالإباحة فلا يوجد التعزير، وفيه وجه آخر لا يبرأ من ضمانه.

فرع آخر

لو وهبه من رجل فأكله ثم اختلفا فقال الغاصب للآكل: علمت غصبه وأنكر العلم فإن قال الغاصب: هي المتلفة دونه، وكذلك لو كسرت إناء في الدار لم يضمنه سواء اتصل ذلك بالحل أو انفصل عنه.

فرع آخر

لو هدم حائط رجل فدخل آخر فأخذ ماله لم يجب على الهادم ضمان المال بل يجب ضمان الحائط فقط.

فرع آخر

لو حل قيد العبد فهرب لا ضمان عليه سواء هرب من ساعته أو بعده لأنه لا يُمسك بالقيد عرفاً، وقال بعض أصحابنا: لو كان العبد مجنوناً فحل قيده فخرج يحتمل أن يضمن لأنه تمسك بالقيد عرفاً كالطير.

مسألة: قال: ولو حلَّ زِّقاً أو راوية فاندفقا ضمن[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا حلَّ زقاً فيه شيء فخرج فيه مسائل: إحداها: أن يكون ما فيه مائعاً كالماء والدهن وخرج بحله مثل أن كان خروجه عقيب فتحه يلزم ضمانه لأن المائع لا

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢١٠).

اختيار له وخروجه كان بفعله وفتحه للزق مع علمه بخروج ما فيه مباشرة لإخراجه بلا خلافٍ ويفارق الطير لأن له اختياراً. والثانية: أن يكون الزق مستنداً إلا أنه لما حله اضطرب فسقط وخرج ما فيه يلزمه الضمان أيضاً لأنه خرج بفعله. والثالثة: أن لا يخرج عقيب الحل ولكنه لما حله مال أحد جانبيه ولم يزل يميل ويسيل من رأسه قليلاً قليلاً حتى سقط فخرج ما فيه يلزمه الضمان أيضاً، لأنه حصل بسراية فعله. والرابعة أن لا يخرج عقيب الحل وثبت الزق بعد الحل مستنداً إلى حائط ثم سقط بعد ذلك بهبوب الريح أو زلزلة أو تحريك إنسان أو لم يعلم كيف سقط فلا ضمان عليه لأن الظاهر أن حله لم يدفعه ولم يحصل من جهته سبب ملجئ. والخامسة: أن يكون في الزق شيء جامد مثل السمن والدبس فحله ثم وقعت عليه الشمس فذاب ثم اندفق فيه وجهان:

أحدهما: لا ضمان عليه لأن الحل كان ولم يكن منه [٤٤/ب] اندفاق وإنما حصل من الذوبان بوقوع الشمس عليه.

والثاني: يلزمه الضمان وهو الصحيح لأن الاندفاق حصل من حله لا بمعنًى آخر ويخالف إذا كان ذائباً فوقف ثم اندفق لأنا نعلم أنه حدث فيه أمر آخر دفعه غير الحل، ولو اندفق بسبب آخر بتحريك ريحٍ ونحوه لا يضمن وجهاً واحداً وعند أبي حنيفة يجب ضمان ما في الزق في جميع الأحوال.

فرع

لو كان في الزق ما هو بطيء الذهاب كالدبس الثخين والعسل القوي فاندفع يسيراً يسيراً حتى ذهب ما فيه فإن كان مُستعلى الرأس فلبث زماناً لا يندفع شيء منه ثم اندفع فلا ضمان، وإن اندفع في الحال أو كان منكساً رأسه فإن لم يقدر مالكه على استدراك شده حتى ذهب ما فيه ضمنه، وإن قدر على استدراك ما فيه فتركه المالك مع القدرة على استدراك شده فهل يضمن؟ وجهان **أحدهما**: يضمن كما لو خرق ثوبه وهو قادر على منعه أو قتل عبده وهو قادر على منعه، **والثاني**: لا يضمن، والفرق أنه في القتل والتخريق مباشر وفي حل الوكاء متسبب والسبب سقط حكمه مع القدرة على الامتناع منه كمن حفر بئراً فمر بها إنسان وهو يراها ويقدر على اجتنابها فلم يفعل حتى سقط فيها لم يضمنه الحافر.

فرع آخر

لو كان الزق مُستعلى الرأس وهو يندفع بعد الحل يسيراً بعد يسير فجاء آخر فنكسه حتى تعجل خروج ما فيه فذهب فعلى الأول ضمان ما خرج قبل التنكيس وفيما خرج بعده

وجهان **أحدهما**: ضمانه عليهما لاشتراكهما في سبب ضمانه، **والثاني**: ضمانه على الثاني لسقوط السبب مع المباشرة فصار كالذابح يُسقط سراية الخارج.

فرع آخر

لو أدنى من الجامد ناراً بعد كشف إنائه وحل وكائه فحمي بها وذاب فلا ضمان على واحدٍ منهما، أما صاحب النار فلم يباشر بها ما يضمن به، وأما كاشف الإناء وحالّ الوكاء فلم يكن منه عند فعله جناية يضمن بها وصارا كسارقين نقب أحدهما: الحرز وأخرج الآخر المال لم نقطع واحداً منهما لأنه [٤٥/أ] لم يكمل فعل كل واحد فيما يوجب القطع. فإن قيل: لم ضمن إذا ذاب بالشمس في أحد الوجهين ولم يضمن إذا كان بالنار؟ قلنا: لأن طلوع الشمس معلوم فصار كالقاصد له ودنو النار غير معلوم فلم يصر قاصداً له هكذا ذكره في «الحاوي»، ومن أصحابنا من قال: يجب الضمان على صاحب النار لأنه باشر الإتلاف بإدناء النار فصار كما لو ألقى رجلاً في بئر حفرها غيره يلزم الضمان على الملقي وليس كالسرقة لأنه يجب الضمان هناك على من أخرج المال والقطع لا يجب لأنه لم يهتك الحرز وهو شرط والضمان يجب بمجرد الإتلاف.

فرع آخر

لو كان كاشف الإناء وحال الوكاء هو الذي أدنى النار منه فذاب ضمن وجهاً واحداً بخلاف الشمس في أحد الوجهين لأنه من فعله وليس طلوع الشمس من فعله وصار كتفرده بهتك الحرز وأخذ ما فيه في وجوب القطع عليه.

فرع آخر

لو حل رباط سفينة فتشمرت بعد حل رباطها فغرقت فإن كان غرقها في الحال من غير لبثٍ يضمن لحدوث التلف بفعله، وإن تطاول بها اللبث بعد الحل ثم غرقت بعده فإن ظهر سبب غرقها بحادثٍ من ريح أو موج فلا ضمان لتلفها بما هو غير منسوب إليه، وإن لم يظهر حدوث سببٍ لتلفها ففي ضمانها وجهان **أحدهما**: لا يضمنها كما لا يضمن الزق إذا لبث بعد حله ثم مال. **والثاني**: يضمن بخلاف الزق لأن الماء أحد المتلفات.

مسألة: قال: ولو غصبَهُ داراً فقال الغاصب: هي بالكوفةِ[1].

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢١٢).

الفصل

وهذا كما قال: إذا ادعى رجلٌ على رجلٍ داراً في يده لم تسمع الدعوى حتى يحررها والتحرير أن يعين الدار بذكر حدودها وموضعها فإذا تحررت الدعوى لم يخل المدعى عليه من أحد أمرين إما أن يقر أو ينكر، فإن أنكر حلف وانصرف وإن أقر وقال: له في يدي دار ألزمناه أن يصفها فإذا وصفها لم يخل المدعي من أحد أمرين إما أن يقبل ذلك أو يرد، فإن قبل ففيه ثلاث مسائل إحداها قال: قد أقر بما ادعيته ووصف ما أقر به تسلم وانصرف. والثانية قال: [٤٥/ب] أقر بغير ما ادعيته ووصف ما أقر به قلنا: اقبض التي أقر بها واستحلفه على شيء واحد وهو فيما رد عينه عليه. والثالثة قال: أقر بما ادعيته ووصف غير ما أقر به قلنا: تسلم التي وصفها واستحلفه على شيئين لأنك تدعي عليه شيئين **أحدهما**: الدعوى الأولى، **والثاني**: يدعي أنه قد اعترف لك بها فيحلف على الأمرين معاً هذا إذا قبل ما وصفه فأما إن رد ما وصفه وقال: هذه التي وصفها ليست لي ففيه مسألتان:

إحداهما: قال: أقر بغير ما ادعيته ووصف ما أقر به حلفناه على شيء واحد.

والثانية: قال: أقر بما ادعيته ووصف غير ما أقر به حلفناه على الأمرين معاً وعلى هذا من أقر لغيره بدارٍ كلّف التعيين فإن عين الدار فقال: هي هذه نظر في المقر له فإن قال: قد عين ما أقر به قلنا للمقر له: فما قولك في التي تدعيها فإن قال: هي لي قلنا: تسلمها واستحلفه أن التي أقر لك بها هي التي عينها فإن قال: التي عينها ليست لي قلنا: قد أقر لك بما لا تدعيه وتدعي عليه أنه عين غير ما أقر به قلنا: فاستحلفه أن التي عينها هي التي أقر لك بها وبطل حكم الإقرار في التي أقر بها لإنكار المقر له نص عليه، وإن امتنع من التعيين قال الشافعي: حبس حتى يعين، وقال أصحابنا: قلنا للمقر له عيّن أنت فإذا عين سألنا المقر فإن قال: هي التي عينها تسلمها وانصرف، فإن قال: ليس له قلنا: فعليك اليمين أنها ليست له فإن حلف سقط التعيين، وإن نكل رددنا اليمين على المقر له فإن حلف تسلمها وإن لم يحلف انصرف حتى يحلف.

فرع

لو قال: غصبته داره ثم قال: أردت دارة الشمس أو القمر فإن قال مبتدئاً قبل، وإن قال ذلك جواباً عن دعوى دارٍ عليه فيه وجهان **أحدهما**: يقبل قوله لاحتماله، **والثاني**: لا يقبل قوله فيه لأنه إذا كان جواباً انصرف عنه الاحتمال إلى ما تضمنه الدعوى.

فرع آخر

لو ادعى أنه غصب هذه الدار وأقام بينة فشهد أحد الشاهدين أنها ملكه وشهد الآخر أنها [٤٦/أ] حيّزه لم يقبل هذه الشهادة لأنها قد تكون حيزه ملكاً وغير ملكٍ فإن قال: حيزه ملكاً تمت الشهادة.

فرع آخر

لو شهد أحدهما: أنه غصبها يوم الجمعة، وشهد الآخر أنه غصبها يوم الخميس لم يحكم بها لأنهما غصبان.

فرع آخر

لو شهد أحدهما: فقال: أقر عندي يوم الخميس أنه غصبها، وقال الآخر: أقر عندي يوم الجمعة أنه غصبها قال الشافعي: لم تقبل هذه الشهادة وأجمع أصحابنا أنها مقبولة لأن الإقرار، وإن كان في وقتين فإنه إخبار عن الغصب في وقت واحد ومسألة الشافعي إذا قال أحدهما: الغصب كان يوم الخميس، وقال الآخر: الغصب كان يوم الجمعة.

فرع آخر

لو شهد أحدهما: أنه غصبها من وكيله، وقال الآخر: غصبه إياها ولم يقل: غصبها منه كملت البينة لأن المغصوب من وكيله مغصوب منه فلن تتناف الشهادتان.

فرع آخر

لو قال أحدهما: غصبها من وكيله، وقال الآخر: غصبها منه لم تكمل بينته، ولو قال **أحدهما**: رأيتها مغصوبة في يده يوم الخميس، وقال الآخر: رأيتها مغصوبة في يده يوم الجمعة كملت البينة، ولو قال أحدهما: أقر عندي أنه غصبها يوم الخميس ، وقال الآخر: أقر عندي أنه غصبها يوم الجمعة لم تكمل البينة بهما لأنهما غصبان.

فرع آخر

لو اعترف له بدارٍ مبهمةٍ ومات قيل للوارث: بيّن فإن لم يبين قيل للمدعي: بيّن أنت، فإن بيّن وعيّن داراً قلنا للوارث: ما تقول؟ فإن قال: هي التي أقر له بها أخذها وإن أنكر فقال: ليست هذه فالقول قول الوارث مع يمينه، فإذا حلف سقط تعيين المدعي وقيل للوارث: نحبسك حتى تبين الدار التي أقر له أبوك بها.

فرع آخر

لو ادعى داراً في يده فقال: لا أمنعك منها سقطت الدعوى إلا أن يدعي أنه انهدم شيءٌ منها أو نقّصها حين كانت في يده فعليه ضمانه حينئذ فيحلف على أنه لا يلزمه ما ادعاه.

فرع آخر

قال ابن أبي أحمد [٤٦/ب] في التلخيص: لو أن رجلاً كان يحمل خشباً فاستراح إلى جدارٍ أو أسند الخشبة إليه فسقط الجدار على شيء فأتلفه فإن كان الجدار لغيره ولم يكن بأمر صاحبه فعليه ضمان الجدار وضمان ما يسقط عليه، وإن كان الجدار للحمال نظر، فإن سقط من ساعته فعليه ضمان ما سقط عليه، وإن سقط من بعد فلا ضمان عليه قلته تخريجاً قال أبو عبد الله في شرح «التلخيص»: هذا صحيح لأنه إذا لم يسقط في الحال فما يحدث بعده هدر لأن كل ما بناه في ملكه أو وضعه في ملكه إذا انهدم من غير صنعٍ منه لا يجب عليه ضمانه كذلك ها هنا وهذا لأن الفعل مباحٌ غير مضمّن بشرط السلامة وانقضى ذلك، وقال القفال: ما قاله ابن أبي أحمد غلط لأنه لا فرق في الحكم بين أن يكون الحائط ملكه أو غير ملكه فإذا سقط من بعد لا ضمان، وإن كان غير ملكه، وإنما يفترق ضمان نفس الجدار بين أن يكون ملكه أو ملك غيره ويدل على هذا أنه لو فتح قفصاً عن طائرٍ فطار ما فيه لغيره إن طار بعد أن وقف ساعةً لا ضمان سواء كان القفص له أو كان ملكاً لغيره كذلك ههنا.

فرع آخر

لو ابتلع دابة جوهرةً لرجل لا يخلو إما أن يكون يد صاحبها عليها، أو لا يد له عليها، فإن لم يكن له يد عليها مثل أن كانت تمشي في الطريق بنفسها نهاراً فلا ضمان على أحد، وحكمها حكم بهيمةٍ لا مالك لها كالصيود لا تتعرض لها ولا لصاحبها، ولو سأله صاحب الجوهرة بيعها منه لم يجبر عليه، وقال أبو حنيفة: إن كانت قيمة الجوهرة أكثر من قيمة البهيمة أجبر صاحبها على أخذ قيمتها وإلا فلا وهذا غلط لأن ما لا يستحق تملكه باستهلاك الأقل لا يستحق تملكه باستهلاك الأكثر كما لو كسرت إناء أو أكلت طعاماً، وإن كانت يد صاحبها عليه مثل أن كان راكباً أو قائداً أو سائقاً، فإن أمكن صاحب الجوهرة دفعها عنه فلا شيء على صاحب الدابة لأن التفريط من جهة صاحبها لما لم يدفعها عن الجوهرة وهو [٤٧/أ] قادر على دفعها فيصير الجناية منسوبة إليه ذكره ابن أبي هريرة، وإن لم يمكنه دفعه عنها ولم يقدر صاحبها على دفعها أيضاً بأن انفلتت من يده لا ضمان أيضاً،

وإن كان صاحبها قادراً على دفعها فلم يدفع كان عليه ضمانها لأنه مفرّط في حفظها.

وقال ابن أبي هريرة إن كانت البهيمة بعيراً ضمن، وإن كانت شاةً لم يضمن لأن للعرف في البعير النفور فلزم منعه ومراعاته والعرف في الشاة السكون فلم يلزمه منعها ومراعاته وهذا خطأ لأن سقوط مراعاة الشاة إنما كان لأن المعهود فيها السلامة، فإذا أفضت إلى غير السلامة لزم الضمان كما نقول في ضرب الزوجة وتأديب الصبي.

فرع آخر

إذا أوجبنا على صاحبها الضمان فإن كانت البهيمة مما لا يؤكل لحمه لم يجز ذبحها وعلى صاحبها الضمان، وإن كانت مما يؤكل لحمه فيه قولان كما ذكرنا في مسألة الخيط إذا خاط به جرحها.

فرع آخر

إذا قلنا: لا تذبح يؤخذ منه قيمة الجوهرة، ثم لو ماتت أو ذبحها لمأكلةٍ فوصل إلى الجوهرة رجع بها المالك ورد القيمة بلا خلافٍ بخلاف ما لو أخذ القيمة بدل المثل ثم قدر عليه لا يرجع بالمثل لأن اتفاقهما على ذبح البهيمة لأخذ ما فيها من الجوهرة حرام فكان أخذ القيمة ضرورة وإذا حصلت الجوهرة زالت الضرورة، ولو اتفقا على القدوم إلى بلد المثل يجوز ولم يحرم فلم يكن فيه ضرورة يعتبر زوالها في الرجوع فإذا أخذ القيمة لا رجوع بعدها.

فرع آخر

لو تبايعا بهيمةً فأكلت ثمنها فإن كانت بعد قبض الثمن فالبيع صحيح ثم ينظر في البهيمة فإن كانت في يد البائع فالثمن غير مضمون لأن ما جنته في يده مضمون عليه والثمن ملك له وعليه تسليم البهيمة إلى المشتري فإن قدر على الثمن بموت البهيمة أو ذبحها لمالكه رَدَّ على البائع، وإن كانت البهيمة في يد المشتري فالثمن مضمون عليه للبائع فإن كانت غير مأكولةٍ غرم مثله، وإن كانت مأكولةً فهل تذبح لأخذ الثمن منها؟ [٤٧/ب] قولان وإن ابتلعت قبل قبض الثمن فإن كان الثمن في الذمة لا يبطل به البيع وهو باقٍ في ذمة المشتري ثم ينظر، فإن كانت البهيمة عند ذلك في يد المشتري فما ابتلعته غير مضمون على واحدٍ منهما، أما البائع فلزوال يده بالتسليم، وأما المشتري فلأنه ماله وجناية البهيمة من ضمانه، وإن كانت في يد البائع فهو مضمون عليه، فإن كانت مما لا يؤكل لزمه غرم مثله فعلى هذا يكون له الثمن وعليه مثله فيتقاصّانه، وإن كانت مأكولة اللحم فهل تذبح؟ قولان:

فإن قلنا: لا تذبح لزمه غرم مثل الثمن وتقاصَّاه ولا خيار للمشتري في فسخ البيع.

وإن قلنا: تذبح لم يجز أن يتقاصاه لأن وجود عينه يمنع من استقراره في ذمة البائع والعين لا تكون قصاصاً من الذمة فعلى هذا للمشتري الخيار في فسخ البيع لأن ذبح البهيمة قد استحق في يد البائع وذلك عيبٌ حادث في ضمانه، وإن كان هو المستحق لما أوجب العيب.

وإن كان الثمن معيّناً فإن كانت غير مأكولة بطل البيع لأنه يتعذر القدرة صار كالتالف ثم ينظر، فإن كانت البهيمة في يد المشتري فهو تالفٌ من ماله والبائع غير ضامنٍ وعلى المشتري رد البهيمة على البائع، فإن قدر على الثمن بموتها رد على المشتري، وإن كانت البهيمة في يد البائع فالثمن مضمون عليه ويغرم مثله، وإن كانت البهيمة مأكولةً ففي بطلان البيع قولان بناءً على القولين في الذبح إذا ابتلعته فإن قلنا: لا تذبح فالبيع باطل على ما ذكرنا.

وإن قلنا: تذبح فالبيع لا يبطل لأن الثمن المعين مقدور عليه ثم ينظر، فإن كانت البهيمة في يد المشتري ذبحت ودفع الثمن إلى البائع ولا خيار للمشتري في فسخ البيع لأنه عيبٌ حدث في يده، وإن كانت في يد البائع ذبحت وكان للمشتري الخيار لحدوث العيب في يد البائع، فإن كفَّ البائع عن ذبحها لم تسقط خيار المشتري لأنه لو طالب به من بعد لاستحقه، ولو أبرأ المشتري منه لم يجز لأن البراءة عن الأعيان لا يجوز [٤٨/أ] ولو وهبه منه لم يجز لأنها هبة ما لم يقبض وخيار المشتري في الأحوال كلها على حاله.

فرع آخر

لو مرت بهيمة رجل بقِدر باقلانيّ فأدخلت رأسها فيه ولا يخرج منها لا يخلو إما أن يكون بتفريط من صاحبها، أو بتفريط مالكها مثل أن كانت يده عليها فكأنه أدخل رأس شاته في قدر غيره هل تذبح الشاة؟ وجهان:

أحدهما: تذبح لأنه المفرط كما لو غصب ساجةً وبنى عليها يُنقض البناء.

والثاني: لا تذبح وتكسر القدر وعليه ضمان الكسر، وكذلك إن كانت بهيمة لا يؤكل لحمها تكسر القدر ولا تذبح بلا خلافٍ وتضمن الكسر إن كان الباقلاني مفرطاً مثل إن لم تكن يد صاحبها عليها وكانت قدر الباقلاني في الطريق كسرنا القدر ولا ضمان على أحدٍ، وكذلك إن كان القدر في دكانه ولكنه قدر على دفعها عنها فلم يدفع، وإن لم يكن منهما تفريط مثل أن كانت القدر في دكانه ولا يد لأحدٍ عليها ولم يقدر هو على دفعها عنها، فإن

لم تكن البهيمة مأكولة كسرت القدر وضمن كسرها لأنه كسرها لتخليص ملكه، وإن كانت مأكولةً فيه قولان:

أحدهما: تذبح البهيمة.

والثاني: تكسر القدر، وإن كان منهما تفريطٌ مثل أن أخذا معاً رأسها وأدخلاه معاً في القدر فالتخليص مضمون عليهما لاشتراكهما في التعدي كالمتصادمين، فإن لم تكن مأكولةً كسرت القدر وضمن صاحب البهيمة نصف الكسر والباقي هدر، وإن كانت مأكولة فإن قلنا: لا يجوز ذبحها كسرت القدر وضمن نصفها صاحب البهيمة.

وإن قلنا: يجوز ذبحها فتنازعا فقال صاحب البهيمة: تكسر القدر لأضمن نصف كسرها، وقال صاحب القدر: بل تذبح البهيمة لأُضمن نصف النقص في ذبحها نظر إلى البادئ منهما لطلب التخليص فجعل ذلك في جنبته فإن بدأ به صاحب البهيمة أجبر على ذبحها ورجع [٤٨/ب] بنصف نقصانها فإن بدأ به صاحب القدر أجبر على كسرها ورجع بنصف نقصها فإن كانا ممسكين عن النزاع حتى تطاول بهما الزمان أجبر صاحب البهيمة على ذلك لأن عليه خلاص بهيمته لأنها نفسٌ يحرم تعذيبها وليس على صاحب القدر خلاص قَدره إلا أن يشاء.

فرع آخر

لو كانت البهيمة لا توصل إلى منحرها لدخوله في القدر لا يكون عقرها ذكاةً لها لأنه قد يوصل إلى منحرها بكسر القدر فعلى هذا وجب كسر القدر لأن عقر البهيمة لغير الذكاة حرام ثم يضمن صاحب البهيمة نصف الكسر.

فرع آخر

لو دخل فصيل في دار رجل فكبر ولا يمكن إخراجه إلا بهدم الباب فإن كان التفريط من صاحب الفصيل هل يذبح؟ وجهان فإذا قلنا: لا يذبح أو كان مما لا يؤكل هدمنا الباب والضمان على صاحبه، وإن كان التفريط من صاحب الدار فلا ضمان على أحدٍ في الهدم، وإن لم يكن من واحدٍ منهما تفريط هدم الباب والضمان على صاحب الفصيل لأنه لتخليص ملكه ولم يكن من صاحب الدار تفريطٌ، وإن كان التفريط منهما فعلى صاحب الفصيل نصف ضمان الهدم على ما ذكرنا في القدر.

فرع آخر

لو طرح رجل ديناره في محبرة رجلٍ لا تكسر المحبرة إلا أن يضمن صاحب الدينار قيمة المحبرة، وإذا بذل قيمة المحبرة وجب كسرها ورد الدينار إلى صاحبه إلا أن يضمن صاحب المحبرة مثل الدينار فلا تكسر وهذا لأن في ذلك إزالة الضرر عن كل واحدٍ منهما، وإن غصبه صاحب المحبرة وطرحه فيها كسرت المحبرة ولا تجب قيمتها على صاحب الدينار لأنه بتفريط من جهته، وإن لم يكن منهما تفريطٌ قلنا له: إن كسرت المحبرة فعليك ضمان ما نقص بالكسر ولك ذلك لأنه يزول الضرر عنهما به ولرب المحبرة أن يضمن الدينار حتى لا تكسر محبرته، وإن كان منهما تفريطٌ فيه كسرت المحبرة وعلى صاحب الدينار نصف الضمان.

فرع آخر

[٤٩/أ] لو سرق فرد خُفٌّ وكانت قيمة الخفين عشرة فلما فرق بينهما كانت قيمة كل واحدٍ درهمين وهلك الذي سرقه يلزمه الضمان وكم يضمن؟ فيه وجهان **أحدهما**: يضمن ضمان ما هلك في يده وهو درهمان لأنه قيمة ما أتلف، **والثاني**: يلزمه ضمانه وضمان ما نقص بالتفرقة وهو ثمانية دراهم، وإن كانت قيمة ما بقي أربعة ضمن السارق ستة وهذا أصح، لأن النقصان حصل بفعله ولا يجب القطع بلا خلافٍ لأن قيمة ما أخرجه درهمان والباقي في ذمته ولا قطع فيما يلزم ذمته من الضمان كما لو أتلف في الحرز شيئاً لا يقطع بضمانه، وقال القفال: الأول أصح لأنه لا يغرم إلا ما له فعلٌ فيه وهذا الباقي لا فعل فيه وهذا كما نقول في عبدٍ بين شريكين قيمته مائة دينارٍ أعتق أحدهما: نصيبه وهو موسر لا يغرم لشريكه خمسين ديناراً ولكن يقال: كم قيمة نصف هذا العبد إذا بيع نصفه منفرداً فيقال: أربعون إذا العبد لا يُشترى نصفه منفرداً عن النصف الآخر كما يشترى إذا بيع كله وجنايته كانت على هذا النصف خاصةً وفعله كان فيه وحده فضمنه وحده كذلك ها هنا.

وقال الشيخ أبو حامد وجماعة: المذهب هذا الوجه الثاني لأن الخُفّين كالخف الواحد في الحكم لأنه لا يقع الانتفاع إلا بهما في العادة الغالبة ففي إتلاف **أحدهما**: إتلاف عينه ورفع تأليفه مع الخفّ الآخر، فهو كما لو قطع من فرد خفٍ قيمته خمسة بعضه وأتلفه فرجعت قيمة كل واحدٍ من بعضه على انفراده إلى درهم يضمن كل ما نقص كذلك ها هنا ولا يقطع يده على ما ذكرنا كما في قطع بعض الخف الواحد عند السرقة لأن الغرم يجب لنقص التأليف وقطع اليد لا يجب إلا بإخراج عين قيمتها ربع دينار من الحرز وقد أخرج ما يُسوى أقل من ذلك فلا قطع، فإن قيل: أليس نقصان السعر لا يلزم مع بقاء عينه فكذلك ها

هنا قلنا: ذاك ليس من فعله وهذا من فعله فضمن.

فرع آخر

[٤٩/ب] لو أرسل في ملكه ماء فسال إلى ملك غيره لم يخل من أحد أمرين إما أن يكون قدر الحاجة أو أكثر فإن كان أكثر يلزمه الضمان لأنه مفرّط فيه، وإن كان قدر الحاجة نظر، فإن كان يعلم أنه يفيض إلى ضيعة غيره مثل أن علم للماء طريقاً كثقب الفارة ونحو ذلك يلزمه الضمان أيضاً لأنه مفرطٌ فيه، وإن لم يعلم ذلك فدخل الماء إلى ملك غيره فلا ضمان عليه لأنه غير مفرط فيه وكذلك إن لم تكن حاجة ولكنه أرسل قدراً جرى به العرف لا ضمان عليه، وقال في «الحاوي»: إن لم يكن له في أرضه مفيض له ولا كان في حدودها ما يصده عن الخروج إليه ضمن لما في طبع الماء من الجريان.

فرع آخر

الحكم في النار كالحكم في الماء سواء، فإذا أشعل في داره ناراً فانتشرت وتعدت إلى دار جاره فأحرقتها فإن كانت النار إذا انتشرت فيما هي فيه لم يخرج عن حدود داره لا يضمن لأنه لم يتعد بها، وإن كان انتشارها فيما هي فيه يخرجها عن حدود داره ضمن لأن من طبع النار انتشارها فيما وقعت فيه فصار متعدياً بها فضمن، وإن أجّج قدر حاجته فانتشرت إلى غيره بعارض الريح لا يضمن، ولو أشعل في أرضه في يومٍ شديد الريح لا تثبت النار في موضعها ضمن.

فرع آخر

لو غصب منه سجلاً أو صكاً أو كتاب عهدةٍ فأتلفه كان عليه قيمته وإن قلت وسواء بطل احتجاج المالك بها في تثبيت أملاكه أم لا، ولو لم يتلفه ولكن محا ما كان مثبتاً فيه من خطّ وثيقةٍ لا شيء عليه إلا أن ينقص بذلك قيمة الكتاب فيضمن ما نقص ولكن يعزر إن فعل ذلك إضراراً به وإبطالاً لوثيقته.

فرع آخر

لو أطارت الريح ثوباً في داره فأكلته البهيمة بعد علمه فإن قدر على منعها فلم يمنع ضمن وإن لم يقدر على منعها لم يضمن.

فرع آخر

لو علم هو مالك الثوب يلزمه إعلامه فإن لم يعلمه ضمن، وإن علم مالكه بوقوعه فيه

ليس عليه إعلامه ولا ضمان عليه في تركه.

فرع آخر

لو أطارته الريح بعد تركه فهلك فإن لم يقدر على حفظه عند هبوبه لا يضمن، وإن قدر على حفظه [٥٠/أ] عند هبوبه فيه وجهان **أحدهما**: لا يضمن لأنه لم يكن منه ما يضمن به، **والثاني**: يضمن كما لو أكلته بهيمة يقدر على منعها.

فرع آخر

لو كان الثوب حين أطارته الريح إلى داره وقع في صبغٍ لصاحب الدار فانصبغ به لا ضمان على واحدٍ منهما لعدم التعدي منهما ثم ينظر، فإن أمكن استخراج الصبغ من الثوب استخرجه ويكون نقص الثوب والصبغ هدراً، وإن لم يكن استخراجه كانا شريكين فيه بقيمة الصبغ والثوب على زيادته ونقصه.

فرع آخر

لو سقط في دار رجل طائر مملوك فلا ضمان عليه ولا يلزم إعلام صاحبه به سواء كان عالماً أو غير عالمٍ بخلاف الثوب لأن الطير ممتنع وعوده بنفسه ممكن.

فرع آخر

لو دخل الطير في برج صاحب الدار فأغلق عليه باب البرج فإن نوى بإغلاقه تملك الطير ضمنه، وإن لم ينو تملكه فلا ضمان عليه لأنه تملك التصرف في داره كيف شاء.

فرع آخر

لو جلس قصَّار في ملك نفسه وبجنبه حمَّام متى دقَّ الثياب في ملكه لا يثبت الحمَّام فله ذلك ولا يلتفت إلى ضرر جاره ذكره أصحابنا.

مسألة: قال: ولوْ غصبَهُ دابةَ فضاعتْ فأدَّى قيمتَهَا[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا غصب دابة فضاعت أو عبداً فأبق ولا يعرف موضعها يلزم الغاصب قيمتها فإذا دفعها يملكها المالك ولا يملك الغاصب العين المغصوبة، فإذا ظهرت بعد دفع

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢١٤).

القيمة إلى صاحبها كان صاحبها أحق بها ويلزمه رد قيمتها على الغاصب، وقال أبو حنيفة: إذا غرم الغاصب القيمة زال ملك المالك عن العين وملكها الغاصب وإذا قدر عليها لا يلزمه ردها إلا أن يكون الغاصب دفع قيمتها بقوله مع يمينه وكانت القيمة أكثر مما قال. فللمالك ردها واسترجاع العين والخلاف في فصلين **أحدهما**: في أن الغاصب هل يملكها بدفع القيمة، **والثاني**: في أنه إذا قدر عليها هل يلزم الغاصب ردها أم لا؟ والدليل على قولنا أنه غرم ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه به كما لو غرم قيمة العبد المدبر [٥٠/ب] عند إباقه، فإذا تقرر هذا فإنه يجب على الغاصب أجرتها من حين غصب إلى أن أخذ القيمة قولاً واحداً.

وأما الأجرة من حين سلم القيمة إلى أن رد العين المغصوبة هل يلزم أم لا؟ فيه وجهان **أحدهما**: تلزم الأجرة لأن العين باقية على ملكه والمنفعة له ولزمته قبل دفع القيمة لأنه حال بينه وبين ملكه وهذا المعنى موجود بعد دفع القيمة أيضاً وهذا ظاهر المذهب، **والثاني**: لا تلزم الأجرة لأنه ينتفع بالقيمة التي أقيمت مقام العين فلا يلزم الأجرة لمنافع العين وهذا أقيس، وأما نماؤها لمالكها متميزاً كان أو غير متميزٍ ويلزمه ردها مع النماء، ولو زادت العين بعد دفع القيمة ثم ذهبت الزيادة ضمنها في ظاهر المذهب، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان أيضاً كما قلنا أيضاً في الأجرة، وكذلك قالوا في زيادة السوق إذا حصلت في هذه الحالة وتلفت العين بعد ذلك هل يضمنها أم لا؟

وأما القيمة إن كانت قائمةً ردها فإن كانت زادت فإن كانت الزيادة غير متميزة كالسمن وتعليم القرآن ردها بزيادتها، وإن كانت الزيادة متميزةً كالثمار والنّتاج فهذه الزيادة للمغصوب منه دون الغاصب وهذا يتصور إذا أخذ في قيمتها عبداً أو جاريةً أو شجرةً ونحو ذلك، وإن كانت تالفةً رد بدلها مثلها إن كان لها مثلٌ أو قيمتها إن لم يكن لها مثلٌ، وأعلم أن هذه الجملة ذكرها أصحابنا بخراسان والعراق وذكر صاحب «الحاوي» حكم هذه المسألة خلاف هذا فقال: إذا أبق العبد المغصوب فإن قدر على رده بعد زمانٍ يسير لا يجبر على بدل القيمة، وإن كان العبد على مسافةٍ بعيدةٍ يجبر الغاصب على دفع القيمة فإذا دفعها ملكها المالك ملكاً مستقراً وملك الغاصب العبد ملكاً مراعًى ليتملَّكه بعد القدرة-عليه إن شاء، أو يتوصل به إلى استرداد ما أجبر من دفع القيمة إن شاء لأن الإجبار يمنع من استقرار الملك بالعوض، ثم إذا قدر على العبد فهو بالخيار بين أن يتملكه الآن وبين أن يرده ولا خيار للمغصوب [٥١/أ] منه لأن المغصوب منه لما ملك الخيار في الابتداء لم يملكه في الانتهاء، والغاصب لما لم يملكه في الابتداء ملكه في الانتهاء.

فإن اختار تملكه استقر ملكه عليه حينئذ باختياره، وإن طلب القيمة ولم يختر تملّكه

قيل للمغصوب منه: إن رددت القيمة عاد العبد إليك ولا أجرة لك فيما مضى لأنك تملكه الآن ملكاً مبتدأً، وإن امتنعت من رد القيمة لم تجبر على ردها لأنك قد ملكتها وبيع العبد ليأخذ الغاصب من ثمنه ما دفعه من القيمة فإذا بيع فإن كان بقدر القيمة أخذ كله، وإن كان أكثر فالزيادة للمغصوب منه لأنها زيادة لم تستقر ملكه عليها، وإن كان أقل يأخذه الغاصب ويكون العجز عائداً إليه لضمانه نقص المغصوب، وإن كان رده ممتنعاً للجهل بمكانه يؤخذ منه قيمته جبراً فإذا أخذها ففي استقرار ملكه على القيمة وجهان **أحدهما**: أن ملكه مستقر عليها لفوات الرد، **والثاني**: أن ملكه عليها مراعًى لجواز القدرة على الرد ثم إذا وجد العبد بعد أخذ قيمته فهو باقٍ على حكم ملك المالك يأخذه ويرد ما أخذ من قيمته فإذا استرجع رجع بنقصٍ إن كان فيه، وبنماءٍ إن كان وفي رجوعه بأجرته بعد أخذ قيمته وجهان مبنيان على أن ملكه على القيمة هل يكون مستقراً أو مراعًى؟

ولو أن أجنبياً تصرف في هذا العبد الآبق رجع المالك عليه بالأجرة وجهاً واحداً وهل يكون مخيراً في الرجوع بها عليه وعلى الغاصب أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين فإن قلنا: يضمن الغاصب الأجرة له الخيار، وإن قلنا: أنه لا يضمن الأجرة ليس له الخيار بل يرجع على المستخدم وحده ثم إذا رجع المالك بما ذكرنا فإن كان ما أخذه الغاصب من القيمة مستهلكاً تقاصّا في مقدار الأجرة وما نقص ورد مثل الباقي منه، وإن كان باقياً فإن قلنا: باستقرار ملكه عليه له أن يأخذه منها قدر ما يستحقه ويرد الباقي بعينه وإن قلنا: إنه مراعًى لم يكن له أن يأخذ منه ذلك إلا برضا الغاصب لأن وجود المغصوب رفع ملكه عن القيمة فصار [٥١/ب] كسائر أموال الغاصب لا يجوز أن يأخذ منها حقه إلا بإذنه إذا أمكن أن يصل منه إلى حقه وليس أن يرتهن القيمة على أخذ الأجرة وله أن يرتهنها على أخذ النقص لأنها بدل عن العين دون المنفعة.

فرع

لو قال الغاصب: أنا أشتريها منك وهي عندي وقد عرفتها فباعها إياه فالبيع جائز نص عليه الشافعي قال المزني: قد أجاز بيع الغائب ومنعه في موضعٍ آخر وهذا غير صحيح لأن هذا شيء رآه الغاصب وعرفه فلا يكون بيع الغائب كما لو كانت وديعة في يده فاشتراها بعدما رآها وعرفها صح واعلم أن الشافعي يجوّز بيع المغصوب من الغاصب ومن غيره إذا كان قادراً على انتزاعه منه لا يختلف مذهبه فيه، والذي منع الشافعي هو بيع دابةٍ ضاعت من يد الغاصب وهو لا يعلم موضعها لا يجوز بيعها منه للعجز عن التسليم وجملة الأمر أن الغاصب إذا أراد شراء ما غصبه فباعه المالك نظر، فإن لم يأت عليه من المدة ما يجوز

تغيّره فيه يصح البيع بلا خلافٍ، وإن أتى عليه من المدة ما يجوز تغيره فيه يصح البيع أيضاً على الصحيح من المذهب لأن العلم بصفات المبيع قد حصل.

ومن أصحابنا من قال: حكم الرؤية قد بطل بتطاول المدة وجواز التغير فيكون كبيع الغائب لخيار الرؤية وفيه قولان، وإن طالت المدة ونسيا أوصافه فقد بطل حكم الرؤية أيضاً وعلى هذا إذا كحل الإنسان فباع أملاكه التي كان قد رآها من قبل هل يجوز على هذا الخلاف؟

واعلم أن الشافعي قال ها هنا: ولو كان هذا بيعاً ما جاز أن تباع دابة غائبة وهو احتجاجٌ منه على أبي حنيفة بدليل لا يسلمه لأن أبا حنيفة يجوّز بيع الغائب فيقال لهم: لو كان هذا بيعاً لزمكم أن تفصلوا في هذه المسألة بين المدبر والعبد القنّ وقد زعمتم أن الغاصب لو غصب مدبراً فأبق من يده يلزمه أن يغرم قيمته لمالكه ولا يجوز بيع المدبر [٥٢/أ] عندكم فعلمنا أنه غرم ما غرّم على طريق الحيلولة لا على طريق المبايعة وأخلَّ المزني بالنقل ها هنا ونقل كلام الشافعي على غير وجهه فقال: ما جاز أن تباع دابةً غائبةً كعينٍ جُنيَ عليها فابيضت أو على سنّ صبي فانقلعت، ولو أراد نقل كلام الشافعي من غير خللٍ لكان يقول وردَّ ما قبض من قيمتها لأنه أخذ قيمتها على أنها فائتة فكأن الفوت قد بطل كعين جني عليها فابيضت، أو على سن صبي فانقلعت فأخذ أرشها بعد أن لبس منها ثم ذهب البياض ونبتت السن فلما عادا رجع حقهما وبطل الأرش بذلك فيهما، ولو كان هذا بيعاً ما جاز أن تباع دابةً غائبةً.

فرع آخر

لو أبق العبد المغصوب فاستأجر الغاصب مالكها لطلبها بأجرةٍ سمّاه فيه وجهان **أحدهما**: يجوز وله الأجرة المسماة لأنه مالك لمنافع نفسه فملك المفاوضة عليها، **والثاني**: لا يجوز الإجارة ولا أجرة له لأنه لا يصح أن يعمل في ماله بعوضٍ على غيره.

مسألة: قال: ولو باعَهُ عبداً وقبضهُ المشتريْ ثم أقرَّ البائعُ أنه كانَ غصبَهُ منْ رجلٍ[١]

الفصل

وهذا كما قال: إذا باع رجل من آخر عبداً وأقبضه إياه ثم أقر البائع أنه كان غصبه من رجل وصدقه ذلك الرجل لا يخلو المشتري من أحد أمرين إما أن يصدق البائع أو يكذبه فإن

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/٢١٨).

صدقه فالبيع باطلٌ وسلم العبد إلى المغصوب منه ورجع المشتري على البائع بما دفع إليه من الثمن، وإن كذبه المشتري فلا يقبل قول البائع عليه في بطلان حقه من المبيع، وهل يلزم البائع قيمة العبد؟ بيناه فيما مضى فإن رجع العبد إلى البائع بشراءٍ أو هبةٍ أو ميراثٍ أو ردٍ بالعيب لزمه تسليمه إلى المقر بالغصب لأنه أقر بأنه ملكه لا حق له فيه كما نقول فيمن شهدا لعتق عبدٍ فردت شهادتهما ثم ملكاه عتق عليهما بإقرارهما السابق.

وأما الثمن فإن كان البائع ما قبض الثمن لم يكن له مطالبته به، وإن كان قد قبض لم يكن للمشتري مطالبته به [٥٢/ب] لأن أحدهما: لا يدعي على صاحبه شيئاً، وإن كان هذا الإقرار من البائع قبل لزوم البيع في مدة الخيار حكمنا ببطلان البيع لأن البائع يملك فسخ البيع في هذه الحالة، وإن أقام المالك البائع بينةً بما يدعيه على المشتري بعد لزوم البيع لم يُقبل بينته لأنه مكذب لها، وإن أقام المالك بينةً بذلك نظر، فإن شهد له البائع لم يقبل شهادته وإن شهد غير البائع قبلت شهادته وحكمنا ببطلان البيع ورجع البائع على المشتري بالثمن إن كان قد قبضه، وإن لم يكن للمدعي بينة وأراد إحلاف المشتري كان له لأنه لما لزمه الحق بالإقرار لزمته اليمين مع الإنكار ويحلف أنه لا يعلم أنه مغصوب فإن لم يدع علمه بذلك لا يلزمه اليمين هكذا ذكره القفال، وكلام أصحابنا يدل على أنه يحلف على البتّ أنه له بحق ولا يلزمه رده إليه وإن صدقه المشتري وجده قبل إقراره في حق نفسه وكلف تسليم العبد إلى المدعي ولا يقبل إقراره على البائع في نقض البيع ولا يرجع على البائع بالثمن، وإن كانت المسألة بحالها إلا أن المشتري أعتقه ثم اتفق البائع والمشتري على أن العبد كان مغصوباً لم يبطل البيع لأن هذا البيع تعلق به حق العبد فلا يقبل قولهما على إبطال حقه، فإن صدقهما العبد على ذلك لا يبطل البيع أيضاً لأن بالعتق يتعلق حق الله تعالى فلا يقبل قولهم في إبطال حق الله تعالى، وهل يرجع على البائع بقيمته؟ على ما ذكرناه فإذا قلنا: يرجع فإن شاء رجع بها على البائع، وإن شاء رجع بها على المشتري، فإن رجع على البائع رجع بها البائع على المشتري، وإن رجع بها على المشتري لم يرجع بها على البائع وإنما يرجع بالثمن الذي دفعه إليه، وإنما قلنا: إنه لا يرجع على البائع بما دفع من القيمة لأن الشراء اقتضى أن يكون العبد مضموناً عليه فلا يجوز أن يرجع عليه بضمانه على غيره، ولو كان هذا العبد يُسوى في يد البائع تسعمائة [٥٣/أ] فباعه وسلمه إليه فصارت قيمته في يد المشتري ألفاً فغرم الغاصب ألفاً.

قال القفال: لم يرجع على المشتري إلا بتسعمائة لأنه لم يدخل في هذا العقد ليضمن الزيادة.

قال أصحابنا: يجب أن يستقر تمام الغرامة على المشتري ولا يجب على البائع إلا رد

الثمن لأن المشتري أقر بأن البيع كان فاسداً، وفي البيع الفاسد بسبب الغصب يجب الضمان بأكثر القيمة كما في الغصب وهذا هو المذهب، وإنما القولان فيمن اشترى من المالك شراءً فاسداً هل يضمنه بيوم القبض أو بأكثر القيمة وقد مضى ذلك والولاء موقوف في هذه المسألة لأن أحداً لا يدعيه، فإن مات العبد وله مال كان للمدعي وحده لأنهم أجمعوا على أنه عبده، وإن أقام المدعي البينة نقضنا البيع ورددنا العتق وعاد العبد إليه.

فرع

لو باع شيئاً ثم قال: بعته وأنا لا أملكه ثم ملكته الآن بإرثٍ من فلان المتوفى فإن قال حين باع: أنه ملكي لم تسمع دعواه ولا بينته لأنه سبق من إقراره ما هو تكذيب لبينته وإن لم يحصل منه ما هو صريح في أنه ملكه وإنما قال: بعتك هذا لشيء بكذا ثم ادعى ذلك تسمع دعواه فإن كانت له بينة حكم له بها، وإن لم يكن بينة حلف له المشتري لقد باعه وهو ملكه لأنه لم يحصل من إقراره ما يكون تكذيباً لدعواه وبينته نص عليه في «الأم» حكاه القاضي الطبري وغيره ورأيت مشايخ آمل لا يقبلون هذه البينة، وكذلك قالوا: لو ادعى أن المبيع كان وقفاً عليه ولم يعلم هو لا تسمع دعواه ولا بينته والنص الذي ذكرنا أولى وعليه الفتوى وهذا لأن الإنسان قد يبيع ملكه وغير ملكه وقد يبيعه ولا يعلم الوقفية ثم يعلم.

مسألة: قال: وإنْ كَسَرَ لنصراني صليباً[1]

الفصل

وهذا كما قال: الصليب موضوع على زعمهم أن عيسى بن مريم صلى الله عليهما قُتل وصلب على مثله فاعتقدوا إعظامه [٥٣/ب] طاعة والتمسك به قربة وقد أخبر الله تعالى بتكذيبهم فقال: **﴿وما قتلوه وما صلبوه ولكن شبّه لهم﴾** [النساء: ١٥٧] الآية فإن جاهرونا بالصليب وجب إنكاره ثم نظر، فإن كان الإمام شرط عليهم في عقد جزيتهم ترك مجاهرتنا به جاز في الإنكار عليهم أن يعمد إلى تفصيل الصليب وكسره رفعاً لما أظهروه من المعصية به، وإن لم يكن شرط ذلك عليهم في عقد جزيتهم وجب أن يقتصر على الإنكار عليهم في المجاهرة ولا يكسر إلا أن يقيموا بعد الإنكار على إظهاره فيكسر عليهم كسراً لا يوجب غرماً وهو بالتفصيل وإزالة التركيب فإن زاد عليه فإن كان له قيمة وهو مفصل ولم ينقص قيمته بالكسر الذي زاد على التفصيل فلا شيء عليه، وإن نقصت قيمته بالكسر فعليه ما بين قيمته مفصلاً مكسوراً وبين قيمته مفصلاً صحيحاً.

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٢٠).

مسألة: قال: ولوْ أراقَ لهُ خمراً[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا أراق مسلم لنصرانيٍّ خمراً أو قتل له خنزيراً لا يضمن، وكذلك إن أراق الذمي هذه الخمرة لا يحكم عليه بالضمان فإن خرق وعاء الخمر يلزمه أرش ما نقص لأن له قيمة في الشريعة والاعتبار بما أوجبته شريعة محمد ﷺ دون ما يعتقده الكفرة الفجرة، وقال أبو حنيفة ومالك: يلزم الضمان له في الخمر والخنزير، وقال أبو حنيفة: فإن أراقها مسلم يلزمه القيمة، وإن أراقها ذمي يلزمه مثلها وهذا غلط لأن ما لا يضمن في حق المسلم لا يضمن في حق الذمي كالعبد المرتد والدم، واحتج الشافعي عليهم بالموقوذة لا تُضمن لهم وهم لا يسلّمون ذلك إذا اعتقدوه مالاً واحتجوا بما روي أن عامل عمر رضي الله عنه كتب إليه أن أهل الذمة يمرون بالعاشر ومعهم الخمور فكتب إليه عمر رضي الله عنه «ولّوهم بيعها وخذوا منهم عشر أثمانها»[٢] فدل أنها مال لهم فتضمن لهم قلنا: معناه لا تتعرضوا عليهم في بيعها [٥٤/أ] وإنما أمر بأخذ العُشر من أثمانها لأنهم إذا تبايعوا وتقابضوا بالرضا حكمنا لهم بالملك ولا ننقضه وسماه ثمناً مجازاً لا حقيقةً.

فرع

قال في «البويطي»: لو غصب من رجل عبداً فجنى العبد على إنسان فالجناية تتعلق برقبة العبد إلا أنه يتعلق الضمان بالغاصب فإن كان قد قتل فاقتص منه فقد استوفى المجني عليه حقه وعلى الغاصب قيمته للمغصوب منه، وإن كان قد قطع يده فقطعت يده فهو كما لو سقطت يده بآكلةٍ فيلزم على الغاصب ما نقص أو نصف الدية على ما ذكرناه، وإن عفا المجني عليه على مالٍ وباعه فيه وأخذ ثمنه كان لصاحبه أن يرجع به على الغاصب.

وقال بعض أصحابنا: لصاحبه مطالبة الغاصب بنكاله من أرش الجناية. ومن أصحابنا من قال: هذا إذا قلنا: الواجب الأقل من أرش الجناية أو قيمة العبد فأما إذا قلنا: يجب تسليم العبد للبيع أو يضمن للمجني عليه جميع الأرش فلا يجب على الغاصب تخليصه منه بجميع الأرش.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٢١).

(٢) ذكره ابن قدامة في «المغني» (٥/ ١٧٣).

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو غصب عبداً لرجلٍ فجنى العبد في يديه جنايةً ومات العبد فعلى الغاصب تسليم القيمة لمالكه فإذا أخذها المالك كان لأولياء المقتول أن يطالبوا السيد بدية صاحبهم من القيمة لأن حق الجناية تعلق بعين العبد فتعلق ببدله كحق الرهن ثم إذا أخذوا ذلك من السيد كان للسيد أن يرجع على الغاصب فيطالبه بما أخذوا لأن ذلك الغرم لزم والعبد حينئذ مضمون عليه حتى تخلص للسيد قيمة العبد، قال: ولو كان العبد وديعةً فجنى جنايةً استغرقت قيمته ثم قتله المودع بعد ذلك وجب عليه قيمته وتعلق بها أرش الجناية، فإذا أخذها ولي الجناية لم يرجع السيد على المودع لأنه حين جنى عليه لم يكن مضموناً عليه.

فرع آخر

[٥٤/ب] وقال أيضاً: لو أن عبداً جنى في يد مالكه جنايةً تستغرق قيمته فبيع في الجناية وأخذ وليُّ كل مقتولٍ نصف الثمن كان للسيد أن يرجع على الغاصب بنصف ثمن عبده لأن نصف الثمن لزم وهو مضمون على الغاصب، فإذا أخذ ذلك كان لأولياء المقتول الأول أن يرجعوا على المالك بما أخذ لأنهم كانوا مستحقين بقيمته كلها ولم يكن للمغصوب منه أن يرجع على الغاصب بشيء لأنه قد غرم له النصف الذي لزم بسببه وإنما أخذ من السيد ما أخذ بما كان وجب وهو في يده.

وقال القاضي الطبري: العلة في هذه المسألة أنه وجب على الغاصب ضمان نصف الثمن بسبب الجناية فقط، فإذا غرم مرةً ثم أخذ من يد السيد لم يرجع السيد به على الغاصب ثانياً وإنما جعل أولياء المقتول الأول أحق بما نأخذه من الغاصب من نصف الثمن لأنهم استحقوا جميع قيمة العبد قبل تعلق حق الأولياء المقتول الثاني به، وليس كذلك أولياء المقتول الثاني لأنهم لم يستحقوا من العبد إلا نصف الثمن فلم يكن لهم غير ما أخذوه.

قال أصحابنا: في هذه العبارة نظر لأن حق الثاني تعلق بجميع الرقبة أيضاً، ألا ترى أن الأول لو أبرأه استحق الثاني جميع قيمته وينبغي أن يقال: الذي يأخذه من الغاصب إنما هو عوض عما أخذه المجني عليه ثانياً فلا يتعلق حقه به ويتعلق به حق الأول لأنه بدل عن قيمة الجاني لا مزاحم فيه فكان له قال: فإن كانت المسألة بحالها فمات في يد الغاصب بعد الجنايتين كان للمغصوب منه أن يطالب الغاصب بالقيمة وإذا أخذها أخذ أولياء المقتولين القيمة نصفين ثم لمالك العبد أن يطالب الغاصب بنصف قيمة العبد ثانياً لأنها أخذت منه بما جناه وهو في يد الغاصب فإذا أخذها كان لأولياء المقتول الأول أن يطالبوا السيد بها لأنهم

كانوا قد استحقوا قيمته كلها قبل جناية العبد على الثاني ولم يكن للمغصوب منه أن يرجع على الغاصب بشيء لأنه لم يلزمه إلا ما أخذه منه.

فرع آخر

وقال أيضاً: لو أن رجلاً غصب عبداً فقتله عبد [٥٥/أ] عمداً فاختار السيد القصاص لم يكن له على الغاصب شيء، ولو أخذ قيمة عبده من سيد العبد القاتل لم يكن له أيضاً على الغاصب شيء، ولو اختار أن يطالب سيد العبد الجاني بما غرم ولو قصرت قيمة العبد القاتل عن قيمة العبد المقتول فطالب سيد العبد القاتل بقيمة العبد الجاني وأخذها منه كان له أن يرجع على الغاصب بباقي قيمة عبده.

فرع آخر

لو غصب رجل عبداً فقُتل في يده رجلاً ثم عدا عبدٌ على العبد المغصوب فقتله عمداً فاختار سيد العبد المغصوب المقتول في يد الغاصب القود كان له ذلك ولم يكن عليه غرم لوليّ الرجل المقتول ولا له على الغاصب شيء.

فرع آخر

لو غصب فحلاً فأنزاه على غنمه فلا أجرة عليه فإن نقص بذلك يلزمه ما نقص وكان النتاج تابعاً للأم وحدها، ولو غصب شاة ثم أنزى عليها فحل نفسه فالولد لمالك الأم ولا شيء له في الفحل نقص أو لم ينقص لأنه بفعله.

فرع آخر

لو غصب عبداً أمرد فنبتت لحيته في يد الغاصب ونقصت قيمته بها وجب ضمان النقصان على الغاصب خلافاً لأبي حنيفة، ووافقنا أنه لو كان شاباً فصار شيخاً أو كانت جاريةً ناهدةً فسقطت ثدياها يلزمه أرش النقصان.

فرع آخر

إذا غصب عبداً فقال الغاصب: رددته حياً فمات في يدك، وقال المالك: مات في يدك وأقام كل واحدٍ منهما بينة بما ادعاه تعارضت البينتان وسقطتا وضمن الغاصب لأن الأصل بقاء العبد عنده حتى يثبت رده حياً، وقال أبو يوسف بينة المالك أولى لأن الأصل الغصب، وقال محمد بينة الغاصب أولى لأن الأصل براءة ذمته وهذا غلط لأن البينتين تعارضتا من كل وجهٍ فلا بد من التساقط لأنه لا ترجيح لأ**حدهما**: على الأخرى.

فرع آخر

إذا غصب ألف درهم من رجل وألف درهم من آخر وخلطهما ولا يتميز فإنهما شريكان فيه، وقال أبو حنيفة يملكهما الغاصب ويجب لكل واحدٍ منهما مثل دراهمه وبناه على أصله في تغيير المغصوب [٥٥/ب] يوجب التملك.

فرع آخر

إذا غصب حراً صغيراً فمات في يده لم يضمن، ولو لدغته عقربٌ فمات لا يضمن أيضاً، وقال أبو حنيفة: يضمن عاقلته الدية وهذا غلط قياساً على ما لو مات في يده وقياساً على الكبير.

فرع آخر

لو غصب حراً كبيراً وحبسه مدةً لمثلها أجرة فإن استوفى فيها منفعته يلزمه الأجرة لأنه أتلف عليه متقوّماً، وإن لم يستوف منفعته فيه وجهان **أحدهما**: وهو ظاهر المذهب أنه لا يلزمه الأجرة لأنها تلفت تحت يده كأطرافه وثياب بدنه، **والثاني**: وهو اختيار ابن أبي هريرة يلزمه الأجرة لأنها منفعة يضمن بالإجارة فيضمن بالغصب كمنفعة العبد.

فرع آخر

لو غصب من مسلم خمراً يمسكها بنية الخلّ هل يلزمه ردها إليه؟ وجهان وظاهر المذهب أنه لا يلزم لخبر أبي طلحة أن النبي ﷺ قال له: «أرقها»[1] ولو غصبها من ذمي يلزمه ردها عليه لأنه يقر على شاربها.

فرع آخر

لو غصبه خمراً وتلفت عنده ثم اختلفا فقال المغصوب منه: صارت خلاً ثم تلف فعليك الضمان، وقال الغاصب: بل تلفت خمراً فلا ضمان عليَّ فالقول قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته وأنها خمر.

فرع آخر

لو اختلفا في الثياب التي على العبد المغصوب فقال الغاصب: إنها لي وادعى المالك

---

(١) لم أجده.

أنها له فالقول قول الغاصب لأن العبد وما عليه في يده، ولو شهد شاهدان للسيد أنه رأى في يد الغاصب وعليه هذه الثياب فقال الغاصب: كانت لي فالقول قول الغاصب، وفيه وجه آخر القول قول المالك.

فرع آخر

لو قال المغصوب منه: غصبتني طعاماً عتيقاً فالقول قول الغاصب فإذا حلف جاز للمغصوب منه أن يأخذ العتيق لأنه أنقص من حقه.

فرع آخر

إذا غصب حنطة فطحنها ثم تلف الدقيق عنده قد ذكرنا أنه يغرم الحنطة قال والدي رحمه الله: ويحتمل أن يقال: يغرم قيمة الدقيق كما لو غصب خشباً واتخذ منه باباً ثم تلف عنده يضمن قيمة الباب وهذا لأن المغصوب [٥٦/أ] مضمون بأكثر ضمانه من يوم التلف يحتمل أن يقال: المالك بالخيار إن شاء طالبه بمثل الحنطة، وإن شاء طالبه بقيمة الدقيق لأن سبب ضمانهما حاصل وهو قبض الحنطة وتلف الدقيق عنده بعدوان.

فرع آخر

لو غصب شيئاً لا مثل له ونقد البلد في ذلك الوقت دراهم ثم تلف في يده ونقد البلد يوم التلف دنانير فأراد صاحب المال أن يضمّنه الدراهم ثم يعدل إلى قيمتها بالدنانير فإن ذلك أحظ له من تضمينه بالدنانير هل له ذلك؟ قال والدي رحمه الله: يحتمل أن له ذلك لأنا نعتبر أكثر القيمة من وقت القبض إلى وقت التلف وهذا أكثر أحوال القيمة، ومن أصحابنا من قال: الاعتبار بالنقد الثاني كما في المسألة قبلها يلزمه قيمة الدقيق وهذا لأن الاعتبار بحال الاستقرار عند تغيّر الحال.

فرع آخر

إذا قال لآخر: أرق ما في هذا الإناء وكان فيه خمر فصارت خلاً فأراقه يلزمه الضمان، وكذلك لو قال: اقتُل عبدي هذا وكان مرتداً فقبل قتله صار مسلماً فقتله لزمه الضمان لأن الظاهر أن الإراقة والقتل لصفة الخمرية والردة فتقيّد الإذن بهما لهذا الظاهر بدليل أن صاحب الشرع لو كان قال ذلك تقيد الإذن بهذين ويحتمل وجهاً آخر لا يلزمه الضمان.

فرع آخر

رجل حمل إلى آخر دستاراً فيه فاكهةً وقال له: ضعه في دكانك فأخذه ووضعه ثم تناول من الفاكهة شيئاً فجاءه الدافع وقال: ادفع إليّ الدستار فإن الفاكهة جملتها لك هل يلزمه التحليل لما تناول يحتمل أن يقال: يلزمه ذلك لأن القبول لم يكن حصل فيه على جهة الهدية ولا تتم الهدية إلا بالقبول إما تصريحاً أو معنى والقبض بعده، فإن قيل: أليس لو دفع الصدقة إلى فقير ولم يعلم أنها صدقة يصح منه القبول، وإن كان لا يعرف جهة الدفع؟ قلنا: هناك وجد منه القبول على جهة التملك بغير عوضٍ والتسليط عليه من جميع الوجوه فأغنى عن معرفة التفصيل وها هنا بخلافه.

فرع آخر

لو أن لصاً معروفاً باللصوصية أودع مالاً عند رجلٍ [٥٦/ب] ويغلب على ظنه أن ذلك المال لغيره وربما يكون عليه الظن مثل اليقين ثم طالبه بالرد هل له الرد؟ يحتمل أن يقال: يلزمه الرد وهو القياس لجواز أن يكون ملكاً له واليد علامة الملك ويحتمل أن يقال: يتوقف في الرد ويطلب صاحبه، فإذا لم يظهر مع امتداد الزمان رده وهذا مثل من مات وترك أخاً ويحتمل له وارثاً آخر يتربص مدةً ويتفحص، فإذا لم يظهر وارث آخر سلم المال إليه.

فرع آخر

لو أعار من رجل أرضاً ليغرس فيها فغرس ثم مات المعير فمضت مدة لمثلها أجرة هل للوارث مطالبته بأجرة مثل سكان الغراس فقياس المذهب أن له المطالبة لأن العارية بطلت بالموت فصار كما لو بطلت في حال الحياة برجوع المعير فيكون له المطالبة بالأجرة.

فرع آخر

إذا سعى رجل بآخر إلى ظالمٍ فأخذ منه الظالم المال أفتى بعض أصحابنا أنه لا يلزمه الضمان في الحكم ولكن يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصح هذا الفتوى لأن الضمان لو وجب في الباطن لوجب في الظاهر لأن الحالة ظاهرة في الظاهر والباطن.

فرع آخر

لو غصب جاريةً حاملاً من زنى فولدت عنده وكان الغصب بآمل مثلاً والآن بقي المالك والغاصب بجرجان ويطالبه برد الأم والولد عليه هل يلزمه مؤونة رد الولد على المالك أو على الغاصب؟ القياس أن تلزم على الغاصب لأنه كان عليه مؤونة رد الولد حال

كونه في بطن الأم لأن في رد الأم رد الولد الذي في البطن فلا يزول هذا الوجوب عن الغاصب بمفارقة الولد الأم.

فرع آخر

إذا كان عليه دين لرجل فمات ولا وارث له هل يتصدق به أو يدفعه إلى الحاكم؟ القياس أنه يدفع إلى الحاكم لأن هذا الدين صار لجماعة المسلمين والحاكم نائبهم، فإن قيل: أليس له التصدق باللقطة بعد الحول من غير إذن الحاكم؟ قلنا: هناك لا يُدرى أن الحق لواحدٍ معينٍ من المسلمين أو لجماعتهم وها هنا الحق للجماعة وحق القبض للإمام، ولهذا أجاز في [٥٧/أ] اللقطة التملك بعوضٍ وهذا لأنه يندب إلى أخذ اللقطة، وإذا احتاج إلى الإمام لا يرغب في أخذها، فإن قيل: ما تقول إذا كان من عليه الدين بطبرستان فأنفذ الدين إلى حاكم جرجان هل يبرأ؟ قلنا: إن حمل هو ودفعه إلى قاضي جرجان برئ، وإن أنفذه إليه وهو في طبرستان لا يبرأ لأنه في غير ولايته، وقال والدي رحمه الله: الأشبه أنه يبرأ لأنه قائم مقام الإمام مثل هذا القاضي الذي بطبرستان، ولو لم يكن في بلده قاضٍ يلزمه إنفاذه إلى قاضي بلدٍ آخر إذا أمكنه ذلك وكان لا يصل إلى الإمام.

فرع آخر

لو دفعه إلى قاضٍ ثم ظهر أنه كان له وارث لا يطالبه وقد برئ بالدفع إلى القاضي لأنه نائب الغائب، وقال والدي رحمه الله: يحتمل أن يقال: إن ظهر أنه كان في بلده لا يبرأ بالدفع إلى القاضي بخلاف ما لو كان في بلد آخر، والفرق أنه إذا كان في بلده وكان عالماً بالحال لا يبرأ بالدفع إلى الحاكم فكذلك في حال الجهل لأن العلم والجهل سواء فيما يعود إلى حق الآدمي، وإذا كان في غير بلده يبرأ بالدفع إلى الحاكم عند العلم فكذلك عند الجهل ويحتمل أن يقال: لا يبرأ أصلاً لأنه دفع على تقدير عدم الوارث وكان بخلافه وهذا لا وجه له عندي.

فرع آخر

متى يجوز للمديون دفع الدين إلى الحاكم مع بقاء صاحبه إذا كان غائباً؟ قال والدي رحمه الله: ينظر، فإن كان الأداء متعيناً عليه بأن طالبه صاحبه فلم يؤده حتى غاب يلزمه دفعه إلى الحاكم إذا لم يقدر على دفعه إليه أو نائبه لأنه قائم مقامه شرعاً، وإن لم يتعين عليه الأداء لا يلزمه دفعه إلى الحاكم ولو دفع هل يبرأ؟ يحتمل أن يقال: لا يبرأ إلا أن يكون هناك سبب يخاف إن أخر أداؤه يفوت قضاؤه فيبرأ حينئذ لأن الحاكم لا يقوم مقام

الغائب عند سلامة الحال وإنما يقوم مقامه في حال الضرورة ولهذا لا يجوز للمودع إيداع الوديعة عند الحاكم إذا لم يرد السفر، ويحتمل أن يقال: يبرأ لأنه يلحقه المشقة في إيصاله إلى صاحبه فساغ له الدفع [٥٧/ب] إلى الحاكم ليبرأ ذمته وهذا أصح عندي.

فرع آخر

إذا كان عليه دين هل يلزمه أداؤه على الفور أو على التراخي؟ يحتمل أن يقال: إن كان وجوبه برضا المالك فهو على التراخي ويتعين أداؤه بالمطالبة أو تخوف منه على ماله فيفوت قضاؤه، وإن كان وجوبه بغير رضا المالك فالقضاء على الفور لأن صاحبه لم يرض بوجوبه في ذمته وهذا لأنه إذا كان برضا المالك فصاحب الدين مندوب إلى أن لا يطالب بالدين، فلو كان وجوب القضاء على الفور لكان مندوباً إلى المطالبة ليخرج من عليه الدين من العصيان بتأخير القضاء ويحتمل أن يقال: إذا كان الوجوب بغير رضاه ينظر، فإن كان صاحبه لا يعلم به لزمه القضاء على الفور، وإن كان عالماً به فإن وجب بتعدٍّ منه كان على الفور، وإن كان بغير تعدٍّ وجب على التراخي فالأول مثل الزكاة فإنها على الفور لأن صاحبها لما لم يتعين لم يمكن تقدير وجود الرضا منه، **والثاني**: لقضاء الصلاة المتروكة بغير عذرٍ، **والثالث**: كقضاء الصلاة المتروكة بعذر فكما فصَّلنا في حق الله تعالى هذا التفصيل وجب مثله في حقوق الآدميين وبالله التوفيق.

كتاب الشفعة[1]

قال: أخبرنا مالكٌ وذكرَ الخبر.

وهذا كما قال: سُمّيت الشفعة شفعةً لأن الرجل إذا أراد بيع داره أتاه شريكه أو جاره يشفع إليه فيما يبيع فسميت شفعةً وسمي طالبها شفيعاً وهذا قول أبي محمد بن قتيبة وقيل: سميت به لأن طالبها جاء تالياً للمشتري فكان ثانياً بعد أولٍ فسمي شفيعاً لأن الاثنين شفعٌ والواحد وتر وسمي الطلب شفعةً، وقال ثعلب: الشفعة الزيادة ولهذا إذا أضيف إلى الوتر غيره صار شفعاً، والشفيع يضم نصيب شريكه إلى نصيبه فيصير نصيبه زائداً بعد أن كان ناقصاً، والشفعة في الشرع حق تملك لدفع الضرر عن الملك بإخراج الدخيل في الملك، وحكي عن الأصم وإسماعيل بن عُلية أنه لا أصل للشفعة وهي باطلة وهذا قول متروك عليهما والأصل فيها الكتاب والسنة [٥٨/أ] والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: **﴿وتعاونوا على البرّ والتقوى﴾** [المائدة: ٢] وهذا من جملة البرّ.

وأما السنة فما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الشفعة في كل شركٍ ربعةٌ أو حائط لا يصلح أن يباع حتى يؤذن شريكه فإن باعه فهو أحق به»[2]، وروي أنه قضى بالشفعة في كل شركٍ ما لم يقسم ربعةٌ أو حائطٌ لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به بالثمن والربع والربعة المنزل الذي يربع به الإنسان ويتوطنه يقال: هذا أَرَبْعٌ وهذه رَبعةٌ كما قالوا: دارٌ ودارة وقيل: الرَبع اسمٌ للدار مع بنائها والحائط اسمٌ للبستان مع غراسه، وروى جابر أن النبي ﷺ قال: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»[3].

وروي عن جابر أنه قال: إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وكلمة إنما تعمل بركنيها فهي مثبتة للشيء نافية لما سواه وهذا يدل على أنه لا شفعة في المقسوم، وقال الأزهري: قال أهل العربية: إنما

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/٢٢٦).

(٢) أخرجه النسائي في البيوع، باب بيع المشاع (٤٦٤٦) وأبو داود في البيوع، باب في الشفعة (٣٥١٣) وأحمد في «مسنده» (١٣٩٩٤).

(٣) أخرجه البخاري في البيوع، باب بيع الشريك من شريكه (٢٢١٣) وأبو داود في البيوع، باب في الشفعة (٣٥١٤) وابن ماجه في الأحكام، باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة (٢٤٩٩) وأحمد في «مسنده» (١٣٧٤٣).

تقتضي إيجاب شيء ونفي غيره كقولهم إنما المرء بأصغريه بقلبه ولسانه ومعناه أن كمال المرء بهذين العضوين وإن صغرا منظراً، واعلم أن الشافعي روى قوله الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة مرسلاً عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن عن النبي ﷺ ورواه في «الإملاء» عنهما عن أبي هريرة عن النبي ﷺ ورواه أيضاً عن جابرٍ مرفوعاً. وأما الإجماع فلا خلاف بين كافة الصحابة وجمهور العلماء فيه، فإذا تقرر هذا فالشفعة عندنا بالخلطة والشركة دون الجوار وبه قال عمر وعثمان وعليّ في أصح الروايتين وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير والزهري وربيعة ومالك والأوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور رضي الله عنهم [٥٨/ب] وقال أبو حنيفة والثوري وابن شبرمة وابن أبي ليلى: تثبت الشفعة بالشركة في الطريق ثم بالجوار.

وقال أبو حنيفة: يقدم الشريك، فإن لم يكن شريك وكان الطريق مشتركاً كدربٍ لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب، فإن لم يأخذوا ثبتت للملاصق من دربٍ آخر خاصةً وقال أيضاً: الشركة في النهر تُثبت الشفعة في الأملاك التي تسقى بمائه إن كان النهر لا يحتمل السفن، وإن كان بحيث يحتمل السفن لا تثبت الشفعة بسببه وليس لأبي حنيفة صحابي يساعده على هذا المذهب وربما ينسبونه إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وقال عبيد الله العنبري وسوار القاضي: تثبت الشفعة بالشركة في الملك والشركة في الطريق أيضاً ثم ذكر الشافعي مناظرة جرت بينه وبين الخصم فقال: واحتج مُحتج بما روى أبو رافع أن النبي ﷺ قال: «الجار أحق بسقبه»[1] فدل أن الشفعة ثابتة للجار والسَّقب والصَّقب بالسين والصاد القرب، والصّقوب العمُد التي تُعمد بها بيوت الأعراب واحدها صقب فأجاب الشافعي: بأنك ما أجريت الخبر على عموده فإنك منعت الشفعة لمن بينك وبينه ذراع إذا كان الطريق نافذاً وأعطيت الشفعة من بينك وبينه رحبة أكثر من ألف ذراع إذا لم يكن نافذاً ثم قال: هذا الخبر لا يحتمل إلا معنيين **أحدهما**: أن يكون مطلقاً بعمومه على كل جارٍ، أو يكون مختصاً ببعض الجيران فأحمله على الشريك الذي لم يقاسم فإنه يسمى جاراً كما يسمى المقاسم جاراً بدليل خبرنا حتى يكون جمعاً بين الخبرين وخبرك لا يخالف خبرنا لأنه مجمل وخبرنا مفسَّر وأراد بالمجمل العام وبالمفسَّر الخاص، ويجوز أن يسمى العام مجملاً على معنى أنه مشتمل بظاهر الاسم على جمل كثيرة فقال الخصم: وهل يقع اسم الجار على الشريك حتى يستقيم هذا التأويل؟ بل الشريك [٥٩/أ] أخص بشريكه

(١) أخرجه البخاري في الشفعة، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع (٢٢٥٨) والنسائي في البيوع، باب ذكر الشفعة وأحكامها (٤٧٠٢) وأبو داود في البيوع، باب في الشفعة (٣٥١٦) وابن ماجه في الأحكام، باب الشفعة بالجوار (٢٤٩٥).

وأقرب إليه من أن يسمى جاراً لأن ملكه مختلط بملكه اختلاط شيوع وإنما يطلق اسم الجار على من جاور غيره بملك ممتاز عن ملكه فأجاب الشافعي بأن المرأة تسمى جارةً مع أنها أقرب من الشريك لأنها ضجيعته تقول العرب: امرأة الرجل جارته مع قربها منه بدليل قول الأعشى:

أجارتنا بيني فإنك طالقة ... وموموقةٌ ما عشت فينا ووامقه

الأشعار إلى آخرها قال المزني: والبيت الخامس من غير الشافعي رحمة الله عليه:

وذوقي فتى حيٍّ فإني ذائقٌ ... فتاةً لحيٍّ مثل ما أنت ذائقة

وقال عروة: نزل الطلاق في مقدار عدده موافقاً للأعشى ثم قال الشافعي: وحديثنا أثبت إسناداً وأبينها لفظاً وأعرفها في الفرق بين المقاسم وبين من لم يقاسم، ثم ذكر الشافعي طريق القياس في المسألة متصلاً بكلامه على الخبر فقال: أنه إذا باع مشاعاً باع غير متجزئ فيكون شريكه أحق به لأن حقه شائع فيه وعليه في الداخل سوء المشاركة ومؤونة مقاسمةٍ وليس كذلك المقسوم ثم إنَّ أصحابنا زادوا في الجواب فقالوا: أراد الجار أحق بقربه لأن السَّقب القرب قال الشاعر:

كوفية نازحٌ محلَّتها ... لا أممٌ دارها ولا سقب

فيحتمل أنه أحق بالإحسان إليه والبرّ، وقد روي أن رجلاً قال: يا رسول الله إنَّ لي جارين فإلى أيهما أهدي؟ قال: إلى أقربهما منك داراً أو باباً»[١] أو يحتمل أنه أراد أنه أحق بالعرض عليه عند البيع بدليل ما روي عن عمرو بن الشريد أنه قال: وضع المسور بن مخرمة يده على منكبي هذا فانطلقت معه حتى أتينا سعداً فجلسنا إليه فجاء أبو رافع فقال للمسور: ألا تأمر هذا أن يشتري مني بيتي فقال له سعد: والله لا أزيدك على أربعمائة دينار إما مقطعة، وإما منجمة فقال أبو رافع: سبحان الله [٥٩/ب] لقد منعتهما من خمسمائة نقداً ولولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: الجار أحق بسقبه ما بعتك فدل على ما ذكرنا من التأويل.

واحتج أبو حنيفة أيضاً بما روى الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قضى بالشفعة بالجوار وقال: «جار الدار أحق بالدار من غيره»[٢]، وروي «جار الدار أحق بدار الجار أو

---

(١) أخرجه البخاري في الأدب، باب حق الجوار في قرب الأبواب (٦٠٢٠) وأحمد في «مسنده» (٢٤٨٩٥).

(٢) أخرجه الترمذي في الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الشفعة (١٣٦٨) وأحمد في «مسنده» (١٩٥٨٤).

الأرض»[١] قلنا: قال يحيى بن معين: لم يسمع الحسن من سمرة وإنما هو صحيفة وقعت إليه، وقال غيره: سمع الحسن من سمرة خبر العقيقة نحسن أو نحمله على الجار المشارك دون المقاسم بدليل ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «إذا قسمت الأرض وحُدَّت فلا شفعة فيها»[٢].

واحتج بما روى جابر أن النبي ﷺ قال: «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها، وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً»[٣] قلنا: تفرد به عبد الملك بن أبي سليمان وهو ضعيف الحديث وأنكر شعبة هذا الخبر وقال: إن روى عبد الملك حدثنا آخر مثل هذا تركت حديثه، ثم إن صح نحمله على المشاع لأن الطريق إنما يكون واحداً على الحقيقة في المشاع دون المقسوم، ثم ذكر الشافعي المذهب بعد ما قدم الدلالة وهذه عادته في تصنيفه فقال: ولا شفعة إلا في مشاعٍ وإنما قيد مشاع لأن سهم كل واحدٍ من الشريكين أشيع أي أذيع وفرَّق في أجزاء سهم الآخَر حتى لا يتميز منه.

مسألة: قال: فللشفيعِ الشفعةِ بالثمنِ الذيْ وقعَ بهِ البيعُ[٤].

وهذا كما قال: إذا أراد الشفيع أخذ الشقص بالشفعة يأخذه بالثمن الذي وقع العقد عليه فإن كان له مثل فبالمثل، وإن لم يكن مثل فبالقيمة، وقال الحسن البصري: وسوار القاضي: إذا لم يكن للثمن مثل لا شفعة فيه، وقال ابن أبي ليلى: إذا لم يكن له مثل يأخذه بقيمة الشقص وهذا غلط لما روي في خبر جابر فإن باعه فشريكه أحق به بالثمن ولأنه لا يخلو إما أن يأخذه بما يختار الشفيع أو بما يختار [٦٠/أ] المشتري أو بقيمته أو بالثمن لا يجوز أن يقال: يؤخذ بما يختاره الشفيع لأنه يتحكم ويأخذ بالنقصان ولا يجوز أن يؤخذ بما يختاره المشتري لأنه يتحكم أيضاً فلا يسلم إلا بزيادةٍ ولا يجوز أن يأخذه بالقيمة لأنه قد تكون القيمة أكثر من الثمن فيؤدي إلى الإضرار بالشفيع، وإن كانت القيمة أقل من الثمن يؤدي إلى الإضرار بالمشتري فلم يبق إلا أن يقال: يأخذه بالثمن الذي وقع به البيع، فإن قيل: الشفيع يأخذه من غير اختياره لحاجته إليه فيجب أن يكون بالقيمة كالمضطر إلى طعام

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الشفعة (٣٥١٧).

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الشفعة (٣٥١٥).

(٣) أخرجه الترمذي في الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الشفعة للغائب (١٣٦٩) وأبو داود في البيوع، باب في الشفعة (٣٥١٨) وابن ماجه في الأحكام، باب الشفعة بالجوار (٢٤٩٤) وأحمد في «مسنده» (١٣٨٤١).

(٤) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٣٥).

الغير يأكله بالقيمة قيل: المضطر يأخذه بالحاجة خاصةً فالمرجع في بذله إلى القيمة، والشفيع يأخذه بالبيع لأنه لو ملك بهبةٍ أو إرثٍ لا شفعة مع الحاجة، وإذا اختص بالبيع اختص بالعوض الثابت بالبيع، فإذا تقرر هذا يأخذه بما استقر عليه العقد فإن زادا في الثمن أو نقصا في مدة الخيار أخذ بما استقر بعد انقضاء الخيار لأن حالة الخيار كحالة التعاقد.

فرع

لو اشترى شقصاً بمائةٍ من حنطةٍ لم يأخذه الشفيع بالحنطة وزناً بل يأخذه كيلاً فينظر كم تكون تلك الحنطة كيلاً لأنه يجري هذا الضمان مجرى ضمان الإتلاف وضمان الإتلاف في ذوات الأمثال يجري مجرى القرض وقرض المكيل وزناً لا يجوز، فلو أقرض الحنطة وزناً فالقرض فاسد بخلاف السلم لا ربا بين رأس المال والمسلم فيه وفي القرض بين ما يعطي ويأخذ رباً إذا كان المال مال الربا إذا الجنس واحد.

مسألة: قال: فإنْ علمَ وطلبَ مكانَهُ فهي لهُ[١].

الفصل

وهذا كما قال: المستحب إذا باع شيئاً يستحق بالشفعة أن يعرضه على شريكه فإن اختار ذلك باعه منه، وإن لم يختر باعه من غيره، ولو باعه قبل أن يعرضه عليه أو بعد عرضه عليه كان للشفيع الشفعة والشفيع بالخيار بين أن يأخذ أو يدع وإذا أراد [٦٠/ب] الأخذ فسلم المشترى إليه صح التسليم ولا يحتاج إلى حكم الحاكم فإن امتنع المشتري منه حاكمه إلى الحاكم بنفسه أو بوكيله، وقال أبو حنيفة: لا بد من حكم الحاكم وهذا غلط لأنه تسليم واجب بالإجماع فلا يفتقر إلى حكم الحاكم، وإن لم يعلم الشفيع بالشفعة لغيبته أو لسبب آخر لا تبطل شفعته وإن طال الزمان.

وقال أبو حنيفة: إذا امتدت غيبته سنةً بطلت الشفعة، وإن لم يعلم وربما ينكرون هذا المذهب وهذا غلط لأنه حق ثبت لإزالة الضرر فلا يبطل مع عدم العلم به كالرد بالعيب، ثم إذا علم فخياره في الأخذ على الفور أو على التراخي فيه أربعة أقوال قال في الجديد: هو على الفور كخيار القبول في البيع والرد بالعيب وهذا هو الصحيح وبه قال أبو حنيفة إلا أنه يقدره بالمجلس وعندنا لا يتقدر في ظاهر المذهب عندي والدليل عليه قوله ﷺ: «الشفعة لمن واثبها»[٢]، وروي: «الشفعة كنشطة العقال إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٣٨).

(٢) ذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير» (٣/ ٥٦).

تركها»[١] وقيل: فيه وجهان والمذهب أن له الخيار ما دام في المجلس الذي بلغه، ومعنى الفور عندنا أنه على حسب الإمكان في العرف فإن علم بها وكان حاقناً تطهر، وإن كان عليه صلاة صلاها، وإن كان به شدة جوعٍ أكل وغسل يده، وإن كان عريان لبس ثيابه التي جرت عادته بلبسها، وإن كان بالليل فحتى يصبح ويصلي الصبح على ما جرت به العادة ولا يلزمه العدو إلى دار المشتري ولا الركوب طلباً للمبادرة إليه، وأصل هذا عرف العادة، وإن كان معذوراً فأخر الطلب به لم يبطل أيضاً والعذر ثلاثة مرض وحبس وغيبة، فإن كان مريضاً نظر، فإن كان المرض خفيفاً يمكن المطالبة مع وجوده كالصداع ونحوه فهو كالصحيح، وإن كان شديداً لا يمكنه المطالبة [٦١/أ] به مع وجوده فإن قدر على التوكيل وكّل، وإن ترك ذاك بطلت شفعته، وإن لم يقدر على التوكيل كان عذراً فيصير إلى أن يقدر فيوكل أو يطلب هو وهل يلزمه الإشهاد؟

قال أكثر أصحابنا: الإشهاد لازم لأنه لا بد من أن يظهر إمارةً تدل على أنه تركها للعذر لا للرضا بالترك وبه قال صاحب «الإفصاح» ويفارق هذا القادر على الطلب لا يلزمه الإشهاد لأن ظهور الطلب من القادر عليه يغني عن الإخبار بمراده والعاجز عنه يحتمل أن يكون إمساكه تركاً للشفعة ويحتمل أن يكون قصداً للطلب مع المكنة فافتقر إلى نفي الاحتمال في الإخبار عن مراده بالإشهاد، وقال بعض أصحابنا: الإشهاد احتياط ولا يجب وهو ظاهر كلام الشافعي ها هنا لأنه قال: فإن كان له عذر من حبسٍ أو غيره فهو على شفعته وإلا فلا شفعة له ولم يشترط فيه الإشهاد وقيل: فيه قولان ذكره في «الحاوي»، وقال القاضي الطبري: لو ترك التوكيل مع الإمكان هل تبطل شفعته؟ وجهان:

أحدهما: لا تبطل وهو اختيار أبي إسحاق وغيره لأن له غرضاً في أن يتولى طلبها بنفسه لئلا يلزمه أجرة الوكيل والمنة إن لم يكن بأجرةٍ، أو لا يقر على الموكل بما يسقط حق الشفعة فيحكم الحاكم بصحة إقراره على قول بعض العلماء.

والثاني: يبطل لأن وكيله يقوم مقامه، ألا ترى أنه إذا أمكنه أن يطلب بنفسه فوكل غيره قام طلب الوكيل مقام طلبه فيجب أن يكون ترك الطلب بوكيله بمنزلة ترك الطلب بنفسه وهذا أصح عندي قاله القاضي أبو حامد نصاً في جامعه: وفيه وجه ثالث إن وجد من يتطوع بالوكالة بطلت لأنه ترك الطلب من غير ضرر، فإن لم يجد من يتطوع لا تبطل للعذر وهذا قريب، وإن كان محبوساً لا يخلو من أحد أمرين، إما أن يكون محبوساً بحق أو بغير حق

---

(١) ذكره ابن الملقن في «**خلاصة البدر المنير**» (٢/ ١٠٢).

[٦١/ب] فإن كان بغير حق مثل الحبس للمصادرة أو الحبس بدين وهو معسر لا يقدر على القضاء فهو كالمريض سواء، وإن كان محبوساً بحق مثل إن كان عليه دين يقدر على أدائه لا يكون عذراً وتبطل شفعته بالتأخير، وإن كان غائباً فاشهد على شفعته وقضى حوائجه وأخذ في المسير كان على شفعته، وإن لم يشهد على ذلك ولكنه قضى حوائجه وأخذ في المسير هل تبطل شفعته؟ على ما ذكرنا من الاختلاف والصحيح أنه لا تبطل لأن الظاهر أنه سار للطلب، وإن لم يقدر على المسير ولا على التوكيل لا تبطل فإن قدر على التوكيل دون المسير فعلى ما ذكرنا من الاختلاف والقول الثاني قاله في كتاب السنن أنه يتأقت بثلاثة أيام وبه قال الثوري لأنه لا بد له من تروّي وتأمّل والثلاث حد ما بين القليل والكثير، **والثالث**: قاله في القديم وبه قال مالك أنه على التأبيد لا تبطل إلا بأن يصرّح بالعفو عن حقه لأنه استيفاء مالٍ فأشبه استيفاء الدين وقد قال الشافعي: أن كان القياس حكم بين الناس فخيار الشفعة على التأبيد كالقصاص، والقول الرابع قاله في القديم أيضاً أنه على التأبيد إلا أن يصرّح بالعفو أو يظهر منه فعلٌ يدل على الرضا بتركه مثل أن يقول للمشتري: بعنيه أو آجرنيه أو أنفق عليه معي ونحو ذلك.

فرع

إذا قلنا: إنه على التأبيد هل للمشتري أن يرفع الشفيع إلى القاضي حتى يأخذ أو يترك؟ قال أبو إسحاق: إن قلنا بالقول الذي ذكره في القديم أولاً لا يجبره الحاكم على ذلك ولا يبطله عليه لأنه حقه على التراخي، وإن قلنا بالقول الثاني في القديم يجبره الحاكم على الأخذ أو الترك لأنه يؤدي إلى الضرر بالمشتري لو بقي على الحق أبداً فلا بد من إزالة الضرر منه إما بالأخذ أو بالترك، وروي عن مالك أنه قال: ينقطع بعد سنةٍ، ورواه ابن وهب، وروى غيره أربعة أشهر، وروي عنه أنه قال: ينقطع بأن يمضي عليه من الزمان ما يعلم أنه تاركٌ لها.

فرع آخر

إذا قلنا: له الخيار ما دام [٦٢/أ] في المجلس فعفا عنها قبل مفارقة المجلس هل تسقط شفعته؟ فيه وجهان قال في اختلاف العراقيين: لا تسقط، وقال ابن سريج: تسقط لأنه بالإبراء والإسقاط أشبه.

فرع آخر

إذا قلنا: يلزمه الإشهاد يلزمه أن يشهد من يكون بيّنة كاملة عند الحكام، فإن أشهد

واحداً ليحلف معه لم يجز لأن من الحكام من لا يحكم بالشاهد واليمين فلم يصر مستوثقاً لنفسه بالإشهاد.

فرع آخر

لو أشهد عبيداً أو فساقاً أو صبياناً لم يجز، وقال أبو حنيفة: يجوز ويكفي ذلك وهذا غلط لأن مقصود الشهادة الأداء ولا يصح من هؤلاء الأداء.

فرع آخر

إذا قلنا: الإشهاد واجب فقال الشفيع: أشهدت وسرتُ، وقال المشتري: لم تشهد أو قلنا: الإشهاد ليس بشرطٍ فقال الشفيع: سرت عقيب السماع، وقال المشتري: لم تسر عقيب السماع مع الإمكان فالقول قول الشفيع لأن هذا اختلاف في فعله وهو أعلم به، وكذلك إن اختلفا فقال: أخّرته للعجز، وقال المشتري: أخّرته مع القدرة فالقول قول الشفيع.

فرع آخر

لو كان بآمل ولهما دار مشتركة بينهما بجرجان فباع **أحدهما**: نصيبه منها من أجنبي فسكت شريكه عن المطالبة حتى قدم جرجان وقال: سكت لتكون مطالبتي بالبلد الذي فيه الدار قال الشافعي: بطلت شفعته كما لو بلغه وهو في البلد فلم يطالب حتى حضر عند الدار المبيعة وقال: أردت المطالبة عندها بطات شفعته.

فرع آخر

لو أنكره المشتري بآمل أنه خليطه فأخّرها ليقيم البينة بجرجان كان على شفعته إذا لم يجد بينة بآمل.

فرع آخر

اختلف أصحابنا فيمن يشهد به البينة في استحقاق الشفعة على وجهين **أحدهما**: لا شفعة له إلا أن تشهد له البينة بالملك وبه قال أبو حنيفة ومحمد لئلا ينتزع ملكاً بأمرٍ محتملٍ، **والثاني**: يستحق الشفعة إذا شهدت له البينة باليد وبه قال أبو يوسف لأنها حجة في الملك لكن [٦٢/ب] يحلف الشفيع مع بينته باليد أنه مالك ثم يحكم له بالشفعة.

فرع آخر

لو أخَّر الطلب وقال: إنما لم أطالب بها على الفور لأني لم أصدق من أخبرني بالبيع

فإن أخبره عدلان بطلت شفعته، وإن أخبره عدل واحد هل تبطل شفعته؟ وجهان **أحدهما**: تبطل لأن طريقه الخبر ولأنه حجة مع اليمين، **والثاني**: لا تبطل لأنه لا يحكم به ورواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة، ولو أخبره رجل وامرأتان عدول بطلت شفعته.

فرع آخر

لو أخبره عبد أو امرأة واحدة قال القاضي الطبري: يجب أن يكون على وجهين، وقال أبو حامد: لا تبطل، وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه قال: تبطل شفعته لأن طريقه الخبر وكذلك قال: لو أخبره صبي وهذا غلط لأن بقول هؤلاء لا تقوم الحجة فلا يسقط بهم حقه.

فرع آخر

لو أخبره كافر أو صبي أو فاسق لم تبطل شفعته ذكره أصحابنا، وقال في «الحاوي»: يصير عالماً بكل خبرٍ يقع في نفسه صدقه، ولو من امرأة أو عبدٍ أو كافرٍ إذا وقع في قلبه أن المخبر صادق خلافاً لأبي حنيفة وهذا غريب والقياس عندي هذا. ولو ظهر به أخبار التواتر فقال: لم أعلم بطلت شفعته وعلم كذبه.

فرع آخر

لو علم الشفيع بالبيع فأمسك عن الشفعة لجهله باستحقاق الشفعة هل تبطل شفعته؟ وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في الأمَة إذا أُعتقت تحت عبدٍ فأمسكت عن الفسخ لجهلها باستحقاقه وهذا لأن هذا مما يحتمل خفاؤه على العوام.

فرع آخر

لو تعاقدا البيع بألفٍ وأظهراه بألفين فسلم الشفيع الشفعة ثم قامت البينة على الألف كان له مطالبته بالشفعة، وقال ابن أبي ليلى: لا شفعة له وهذا غلط لأنه ترك الطلب لغلاء الثمن الأول ولعجزه عنه فإذا ثبت أنه أقل منه كان له أخذها.

فرع آخر

لو قامت البينة أن الثمن أكثر مما أظهراه لم يكن له المطالبة لأنه لا غرض له في الزيادة. [٦٣/أ]

فرع آخر

لو أظهر أنه باع بعض نصيبه فترك الشفعة، ثم قامت البينة أنه باع جميع نصيبه كان له أخذه بالشفعة لأن له غرضاً في الكثير.

فرع آخر

لو أظهر أنه كل نصيبه ثم بان أنه اشترى أقل مما أظهراه كان له الشفعة لأن له غرضاً في القليل من وجهٍ آخر وهو أنه ربما لم يكن معه ثمن الكثير وكان معه ثمن القليل.

فرع آخر

لو أظهر أنه اشترى كل الشقص بمائة مناً ثم بان أنه كان اشترى نصفه بمائة لم تكن له الشفعة لأن من لا يرضى الشقص كله بمائة لا يرضى نصفه بمائة.

فرع آخر

لو أظهر الشراء بالدنانير فترك الشفعة ثم بان أنه كان بالدراهم أو أظهر بالدراهم ثم بان أنه كان بالدنانير لا تبطل الشفعة وبه قال زفر، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: إذا كانت قيمتهما سواء بطلت شفعته لأنهما يجريان مجرى الجنس الواحد وهذا غلط لأن الأغراض تختلف به وربما تقدر على أحد النقدين دون الآخر.

فرع آخر

لو أظهر أن المشتري فلان فترك الشفعة ثم قامت البينة أنه وكّل وإن المشتري غيره كان له مطالبته بالشفعة لأنه يحتمل أن يرضى بشركة المشتري ولا يرضى بشركة المشترى له هكذا ذكر جمهور أصحابنا، وقال في «الحاوي»: فيه وجهان **أحدهما**: هذا الذي ذكرنا وهو على قول من جعل علة الشفعة الخوف من سوء المشاركة، **والثاني**: تبطل شفعته لأن معرفة المشتري ليست بشرطٍ في المطالبة والعفو وهذا على قول من جعل علة الشفعة الخوف من مؤونة القسمة.

فرع آخر

لو كان مشتري الشقص وكيلاً فعفا عن الوكيل دون الموكل هل تبطل شفعته؟ وجهان **أحدهما**: تبطل لأن الوكيل خصم فيها، **والثاني**: لا تبطل لأنها مستحقة على غيره.

فرع آخر

لو سمع وقوع البيع بمائةٍ مؤجلة فعفا ثم علم أنه وقع بمائةٍ [٦٣/ب] حالَّة له طلب الشفعة لأنه يقول: عرفت أن البيع إلى أجل لا يخلو عن زيادة ثمنٍ فلم أرغب فلما علمت فقد الغبن في العقد رغبت في الشفعة هكذا ذكره بعض أصحابنا بخراسان، وقال بعضهم: الصحيح أنها تبطل ها هنا وتوهم أنه ربما يكون في الثمن غلاء وليس بعذر وهو اختيار أهل العراق.

فرع آخر

لو سمع البيع بالثمن الحال فعفا، ثم بان أنه كان بالأجل فله الطلب لأنه يرتفق بالأجل.

فرع آخر

لو سمع أن الشقص بيع من مشترٍ واحد فعفا، ثم علم أنه بيعَ من اثنين له طلب الشفعة لأنه قد يرجو من أحد المشتريين من المسامحة وتأخير الثمن ما لا يرجو من الآخر، وهكذا لو بلغه في الابتداء أنه بيع من اثنين ثم علم أن المشتري كان واحداً له أن يأخذ بالشفعة لأنه قد يصبر على مطالبة غريم واحد ولا يصبر على مطالبة غريمين.

فرع آخر

لو لم يسم له المشتري، أو لم يذكر له الثمن فأخَّر الطلب حتى يعرف لا تبطل شفعته لأن له غرضاً في ذلك حتى يعرف الحال وما فيه الحظ له.

فرع آخر

لو أخبر أنه اشتراه مشترٍ فقال: عفوت عن الشفعة بطلت شفعته وكأنه رضي بأي مشترٍ وبأي قدرٍ من الثمن كان، ومن أصحابنا من قال: لا تبطل ما لم يعرف ذلك والأول أصح.

فرع آخر

لو لقي الشفيع المشتري فقال: سلام عليكم أنا مطالب بالشفعة ثبتت الشفعة لأن السلام قبل الكلام سُنة فلا تسقط به الشفعة، ولو قال: سلام عليكم بارك الله لك في صفقة يمينك أنا مطالب بالشفعة لم تبطل شفعته أيضاً لأنه لما وصله بالمطالبة بالشفعة دل على أنه دعا بالبركة لنفسه لأنه يأخذ من الصفقة المباركة، وقال محمد: إذا قدَّم السلام على المطالبة سقطت الشفعة وهذا خطأ للعادة المستحسنة وللخبر عن رسول الله ﷺ: «من بدأ [٦٤/أ]

بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه»[١].

فرع آخر

لو قال له: بكم ابتعت أو كم الثمن؟ بطلت شفعته لأنه يمكنه أن يقول بدل ذلك: أخذت منك بالثمن الذي ابتعت وهذا على قولنا: لا يتقدر بالمجلس.

فرع آخر

إذا قلنا: تؤجل إلى ثلاثة أيام فحصل في خلال الثلاثة زمان يتعذر فيه المطالبة لم يحتسب به منها ولفّق له من زمان المُكنة ثلاثة أيام.

فرع آخر

لو باع الشفيع حصته كلها بعد علمه بالشفعة لا شفعة له، ولو باع بعض حصته هل تبطل شفعته؟ وجهان مخرجان من العافي عن بعض شفعته، ولو لم يعلم بالشفعة فباع بعض نصيبه قال ابن سريج: فيه وجهان **أحدهما**: لا شفعة له لأن العفو عن بعض الشفعة يوجب سقوط الباقي كالعفو عن الكل فكذلك بيع الشقص الذي به يستحق الشفعة بمنزلة بيع الكل، **والثاني**: يستحق الشفعة بما بقي لأنها تستحق بالقليل كما تستحق بالكثير، ولو باع الكل قبل العلم بالشفعة فالصحيح وهو اختيار ابن سريج أنها تبطل لارتفاع الملك المقصود بالشفعة، وقال أبو حامد: هو على شفعته لأنه قد ملكها وليس في بيعه قبل العلم عفو عنها وقيل: هذا مرتّب على ما سبق فإن قلنا في بيع البعض قبل العلم تبطل الشفعة فها هنا أولى وإن قلنا: لا تبطل هناك فها هنا وجهان.

فرع آخر

لو صالحه المشتري على تركها بعوضٍ لم يجز وعليه رد العوض، وقال مالك: يجوز ويستحق العوض وهذا غلط لأنه عوض على إسقاط خيارٍ فأشبه خيار المجلس وهل تبطل شفعته؟ وجهان ذكرناهما في البيع.

فرع آخر

لو ضمن الشفيع للبائع الدّرك أو للمشتري أو تبايعا بشرط الخيار للشفيع فأجاز البيع لم تبطل شفعته به لأنه سبب وجوب الشفعة فلا يبطل به خلافاً لأبي حنيفة في كلها، وكذلك

---

(١) أخرجه الترمذي في «**نوادر الأصول في أحاديث الرسول**» (٢/ ١٧٥).

لو قال الشفيع للمشتري: اشتر [٦٤/ب] نصيب شريكي فقد نزلت عن الشفعة فاشترى لم يسقط شفعته بالإجماع خلافاً لعثمان البتي وهذا لأنه إسقاط حق قبل الوجوب.

فرع آخر

يملك الشفيع الشقص المشفوع بأحد أشياء ثلاثة **أحدها**: أن يدفع الثمن ويأخذ الشقص، **والثاني**: أن يقضي له القاضي بذلك، **والثالث**: أن يقول المشتري: ملّكتك الشقص فيقبل هو وإذا قال: اخترت التملك بالثمن الذي تم به العقد انتقل ملك المشترى إليه، فإن لم يرض المشتري ولا حضر لأنه استحق أخذه بغير اختياره، ولو كان الثمن مجهولاً عنده لم يصح أخذه لأنه تملك بعوضٍ فلا يجوز معها جهالة العوض كالبيع، وكذلك لو قال: أخذته بالثمن كان مائة فما دونها وكان الثمن مائة أو دونها لا يجوز الأخذ لأن مثل هذا لا يجوز في البيع.

فرع آخر

إذا قال: اخترت التملك وانتقل ملك المشترى إليه لا يجب على المشتري تسليم الشقص إليه ما لم يقبض الثمن إن كان موجوداً، فإن تعذر تسليمه في الحال قال ابن سريج: يجوز للحاكم أن ينظره يوماً ويومين وأكثره ثلاثة فإن جاء بالثمن وإلا فسخ الحاكم الأخذ وعاد ملك المشترى إلى الشقص وهذا التأجيل لأن تحصيل الثمن في الحال يتعذر في غالب العادة، ولو اعتبرنا النقد في الحال أدى إلى إسقاط الشفعة والإضرار بالشفيع ومدة الثلاث قريبة في العادة.

فرع آخر

لو هرب الشفيع بعد التملك فللحاكم فسخ الأخذ ورد الملك إلى المشتري ذكره أبو حامد وغيره، فإن قيل: أليس في البيع لو هرب المشتري قبل أداء الثمن لا يفسخ الحاكم البيع فهلاّ قلتم ها هنا مثله قلنا: البيع حصل باختيارهما فلا يكون للحاكم فسخه عليهما وها هنا أخذه الشفيع من غير اختيار المشتري لإزالة الضرر عن نفسه، فإذا أدى إلى الضرر بالمشتري منعه الحاكم ورده. حتى لو كانت المسألة بحالها فأفلس الشفيع بعد أن ملك الشقص قبل دفع الثمن كان للمشتري الخيار [٦٥/أ] بين أن يسترجع الشقص وبين أن يضرب مع الغرماء بقدر الثمن كالبائع سواء إذا أفلس المشتري بالثمن.

فرع آخر

لو طلب ثم أمسك عن الأخذ بطلت شفعته، وقال أبو حنيفة: شفعته باقية أبداً إذا قدم الطلب ما لم يصرح بالعفو، وقال محمد: شفعته إلى مدة شهر، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لا يأخذ بالشفعة حتى يحضر الثمن ولا يقضي له القاضي بها حتى يحضر الثمن، وروى هشام عن محمد: يؤجله القاضي يومين وثلاثة ولا يأخذه إلا بحكم الحاكم أو برضا المشتري وهذا غلط لأنه تملك بعوضٍ فلا يقف على إحضار العوض كالبيع.

فرع آخر

إذا لم يشاهد الشفيع الشقص المشفوع ليس له أن يأخذ بالشفعة قال ابن سريج: سواء قلنا يجوز بيع خيار الرؤية أو لا يجوز لأنه يأخذ من المشتري بغير اختياره فلا يمكن إثبات خيار الرؤية وساعده على هذا جماعة من أصحابنا، وقال القاضي الطبري: إذا قلنا: ثبتت للشفيع بعد الأخذ بالشفعة خيار المجلس وهو المنصوص في اختلاف العراقيين يجب أن يثبت له خيار الرؤية كما في البيع، وقال ابن سريج: لو قال المشتري للشفيع: رضيت أن يكون له خيار الرؤية هل يثبت ذلك؟ قولان كالبيع سواء فإذا قلنا: لا يصح فلا كلام وإذا قلنا: يصح فشاهد الشفيع إن رضيه أمسكه وإلا رده، وقال في «الحاوي»: هل يأخذ بالشفعة قبل الرؤية؟ قولان مبنيان على بيع خيار الرؤية فإذا جوّزنا فالمشتري بالخيار بين التسليم قبل الرؤية، وبين أن يمنعه منه حتى يراه فيسقط خياره بالرؤية لأن المشتري لا يلزمه تسليم شقصٍ ثبت للشفيع فيه خيار الرؤية.

فرع آخر

هل يصح أخذ الشفعة قبل قبض المشترى؟ فيه وجهان حكاهما ابن سريج **أحدهما**: وهو اختيار أبي إسحاق ليس له ذلك لأنه يحل محل المشتري ولا يجوز الشراء قبل القبض كذلك هذا فعلى هذا يأخذ الحاكم المشترى [٦٥/ب] بالقبض فإن كان غائباً وكّل الحاكم من يقبض له ثم حكم للشفيع بأخذه منه، **والثاني**: وهو اختيار ابن سريج له أخذه قبل قبضه من البائع لأنه يأخذ جبراً ويبرأ البائع من ضمانه بقبض الشفيع لأنه يأخذه بحق توجه على المشتري.

مسألة: قال: فإنْ اختلَفا في الثمنِ فالقولُ قولُ المشتري معَ يمينِه[١].

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٤٦).

وهذا كما قال: إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن لم يخل من ثلاثة أحوال إما أن يكون مع أحدهما: بينة، أو مع كل واحدٍ منهما بينة، أو لا بينة مع واحدٍ منهما فإن كان مع أحدهما: بينة أقامها فإذا ثبت المقدار بالبينة أخذها الشفيع به سواء كان الشفيع صاحب البينة أو المشتري ويقبل في ذلك ما يقبل في شهادة الأموال، وإن لم يكن هناك شاهد غير البائع لا تقبل شهادته لواحدٍ منهما لأنه متهم في حق كل واحدٍ منهما لأنه يجرّ إلى نفسه نفعاً إذا شهد للشفيع، لأنه لو وقع الاستحقاق رجع المشتري عليه بألفٍ وإذا شهد المشتري شهد على فعل نفسه.

وهذا كما ذكر أبو حامد في الجامع لو ادعى الشفيع الشراء على المشتري وأنكر المشتري وقال: ورثته من أبي فشهد البائع للشفيع وكان عدلاً لا يحلف معه لأنه يشهد على فعل نفسه قال القفال: ولو شهد البائع للشفيع قبل قبض الثمن تقبل شهادته لأنه يشهد على فعل نفسه وأصحابنا بالعراق ينكرون هذا وقالوا: لا تقبل شهادته له بحالٍ لأنه على فعل نفسه أيضاً فترد شهادته للشفيع لمعنيين وللمشتري لمعنًى واحد، وإن كان مع كل واحدٍ منهما بينة على ما ادعاه من الثمن قال أبو حامد: البينة بينة الداخل وهو المشتري لأن الملك في يديه ويكون الحكم فيه كما لو كانت البينة معه وحده وقد مضى حكمه.

وقال القاضي الطبري وجماعة: تعارضت البينتان لأن بينة الشفيع تشهد أنه يستحق الشقص بألفٍ وبينة المشتري تشهد أنه [٦٦/أ] يستحق تسليم الشقص إليه بألفين فقد حصل التعارض في البينتين المتعارضتين، قال الشافعي: قولان **أحدهما**: تسقطان فعلى هذا سقطتا ويكون القول قول المشتري عليهم يمينه، **والثاني**: تستعملان وفي كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال: الوقف والقسمة والإقراع فيقرع ها هنا فمن خرجت القرعة على بينته هل يحلف مع قرعته؟ قولان:

أحدهما: يحلف لقد شهد شهوده بحقٍ.

والثاني: لا يحلف لئلا يؤدي إلى إبطال القرعة وهذان القولان من اختلاف قوليه في القرعة هل جاءت مرجحة للدعوى أو للبينة؟ وخالف أبو حنيفة ومحمد بينة الشفيع أولى للاتفاق عليه، وقال أبو يوسف: بينة المشتري أولى لأن فيها زيادة علم، وإن لم يكن مع واحدٍ منهما بينة فالقول قول المشتري مع يمينه لأن الملك في الحال له فكان القول قوله في بدله.

فإن قيل: هلّا قلتم: القول قول الشفيع لأنه غارم قلنا: إنما يكون القول قول الغارم في الموضع الذي أتلف شيئاً فثبت ضمان قيمته في ذمته فيكون القول قوله لأن الأصل براءة

الذمة من الزيادة التي يدعيها وها هنا ينزع ملكه ببدل يبذله فلا يجوز ذلك إلا بالقدر الذي يقوله المالك.

فإن قيل: هلاّ قلتم: الشفيع والمشتري يتحالفان كما لو اختلف البائع والمشتري في الثمن يتحالفان قيل: الفرق أن هناك كل واحدٍ منهما مدَّعي ومدَّعَى عليه على ما بينا فيما سبق فيتحالفان وها هنا الشفيع مدَّعي محض والمشتري منكر محض فتثبت اليمين في جانب المنكر دون جانب المدعي، وهكذا لو كان الاختلاف بينهما في جنس الثمن أو في تأجيل الثمن وحلوله.

فرع

لو اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن وقال: قلنا في البيع يتحالفان ثم إذا تحالفا كان للشفيع أن يأخذ بالثمن الذي حلف البائع عليه سواء قلنا: لا ينفسخ البيع بتحالفهما وإنما ينفسخ بحكم الحاكم أو قلنا: ينفسخ بتحالفهما أو قلنا: ينفسخ [٦٦/ب] ظاهراً لا باطناً أو قلنا: ينفسخ ظاهراً وباطناً لأن الشفعة ثبتت له بالبيع وارتفاع البيع لا يمنع بقاء الشفعة كما لو تقايلا.

فرع آخر

لو ضمن اثنان الدرك للمشتري عن البائع ثم شهدا بعد ذلك أنه باع الشقص بعد الشراء أو سلم الشفعة إلى الشفيع أو الشفيع قد أخذ منه الشفعة قبلت شهادتهما لأن الضامن لا يجر نفعاً إلى نفسه ولا يدفع ضرراً به.

فرع آخر

لو قال المشتري: الثمن ألف، وقال الشفيع: لا أعلم مقدار الثمن مع علمي بنقصه عن الألف له إحلاف المشتري، فإن رد اليمين عليه لم يكن له أن يحلف حتى يعلم قدر الثمن.

فرع آخر

لو لم يعلم الشفيع هل الثمن ألف أو أقل هل يستحق إحلاف المشتري؟ وجهان **أحدهما**: لا يستحق حتى يعلم خلاف قوله لأن اليمين لا تجب بالشك، **والثاني**: يستحق ما لم يعلم صدقه لأن المالك لا يملك بمجرد القول.

فرع آخر

لو قال المشتري: لا أعلم قدر الثمن لنسيان حدث قيل للشفيع: أتعلم قدره فإن قال: لا أعلم لا شفعة له وله إحلاف المشتري وإنما بطلت الشفعة لأنها تستحق بالثمن فكان جهلهما به مانعاً من استحقاقها بمجهولٍ.

فرع آخر

لو قال الشفيع: أنا أعلم وهو خمسمائة، وقال المشتري: نسيت قدره قيل للمشتري: أتصدّق الشفيع فإن قال: نعم أخذ الشقص بخمسمائة من غير يمين، وإن كذبه قال الشافعي: حلف المشتري بالله ما يعلم قدره ولا شفعة له فمن أصحابنا من قال به لأن الثمن موقوف على عاقده وقد جهل الثمن بنسيانه فيطلب الشفعة به وهو اختيار أبي حامد وجماعة، وقال ابن سريج وابن أبي هريرة: جواب الشافعي محمول على ما لو نسي المشتري وجهل الشفيع، فأما إذا علم الشفيع ونسي المشتري يجب تحليف الشفيع دون المشتري ويحكم له بالشفعة وهذا اختيار القفال.

وقال صاحب «الحاوي»: وهذا أصح لأن نسيان [٦٧/أ] المشتري كالنكول فيجب رد اليمين على الشفيع كما لو ادعى على رجلٍ مالاً فقال: لا أدري مقدار مالك عليّ يقال له: بيّن وإلا جعلناك ناكلاً ورددنا اليمين على المدعي، ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأنه إذا قال: لا أدري وحلف حكمنا بجهالة الثمن والمجهول كالمفقود ويفارق ما ذكره من النظير لأن هناك لم يُجب عن دعواه وقد أقر ها هنا باستحقاق الشفعة ولكنه يدعي أنه جاهل بالثمن ويمكن صدقه فهو جواب صحيح ومعرفة قدره شرط في استحقاق الشفعة فما لم يوجد الشرط بيقين لا يستحق ونظير تلك المسألة لو قال الشفيع: لا أدري أتستحق على الشفعة أم لا فيقال له: بيّن وإلا جعلناك ناكلاً فهما سواء وهذا ظاهر المذهب.

فرع آخر

قال القفال تفريعاً على ما ذكر ابن سريج: لو وقع البيع بكف دراهم قيل للشفيع: بيّن كم مقدار الثمن، فإن ادعى علم المشتري نظر، فإن أقر أنه عالم بمقداره قيل له: بيّن لأن حق الشفعة ثابت عليه فليس له أن يكتم الثمن فإن قال: لا أعلم حلف أنه لا يعلم ثم يقال للشفيع: بيّن أنت مقدار الثمن وإلا فلا شفعة لك فإن بيَّن مقداراً فادعى المشتري أنه أكثر حُلف أنه أكثر من هذا ثم يقال للشفيع: زد وعلى هذا أبداً فإن لم يحلف حلف الشفيع وأخذ.

فرع آخر

قال الشافعي: وسواء في ذلك قديم الشراء وحديثه وأراد به الرد على مالكٍ فإنه قال: إن ادعى المشتري نسيان الثمن والشراء حديث حلف الشفيع وحكم له، وإن كان الشراء قديماً حلف المشتري وبطلت الشفعة وهذا قول مدخول وفرق معلول.

فرع آخر

إذا قال الشفيع: هذا البناء كان عند الشراء، وقال المشتري: أنا أحدثته قال ابن سريج: القول قول المشتري لأنه ملكه والشفيع يريد أن يتملكه عليه.

مسألة: قال: وإن اشتراها بسلعةٍ فهي لهُ بقيمةِ السلعةِ[1].

وهذا كما قال: [٦٧/ب] قد بينا أنه إذا اشتراها بسلعةٍ كيف يأخذ بالقيمة والقيمة تراعى حالة وقوع البيع والشافعي أطلق القيمة ها هنا ولم يتعرض لذكر زمان القيمة غير أنه قال قبل ذلك: فللشفيع الشفعة بالثمن الذي وقع به البيع فإذا جمعنا بين اللفظين عرفنا أن الاعتبار بقيمته يوم البيع لا بما بعد ذلك، وذكر الشافعي عن مالك أنه قال: يأخذها بقيمته يوم المحاكمة وهذا غلط لأن وقت الاستحقاق وقت العقد وما زادَ زاد على ملك البائع فلا يقوَّم للمشتري، وقال ابن سريج: تفريعه يستحق قيمته حين استقر العقد بانقضاء خيار المجلس أو خيار الشركة إن كان في البيع لأنه وقت وجوب الشفعة وهذا صحيح فإن اختلفا في قدر القيمة في ذلك الوقت فالقول قول المشتري مع يمينه.

مسألة: قال: ولو تزوَّجَ بها فهيَ للشَّفيعِ بقيمةِ المهرِ[2].

وهذا كما قال: إذا أصدق زوجته شقصاً تثبت فيه الشفعة ويأخذه الشفيع بمهر مثل الزوجة، وقال أبو حنيفة: لا شفعة فيه أصلاً وهذا غلط لأنها ملكت شقصاً قابلاً للشفعة بعقد معاوضة فتثبت فيه الشفعة كما لو ملكت بالبيع، وقال مالك وابن أبي ليلى: يؤخذ الشقص بالشفعة بقيمته لا بمهر المثل وحكي نحو هذا عن الشافعي في القديم لأن المهور قد يزاد فيها وينقص وهذا غلط لأنه يؤخذ مثل هذا في ثمن المبيع، واحتج أيضاً بأنه يؤدي إلى تقويم البضع على الأجنبي وذلك لا يجوز وهذا غلط لأنه يجوز تقويم البضع على المرضعة وشهود الطلاق إذا رجعوا عندنا.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٤٨).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٤٩).

فرع

لو اختلفا في مهر المثل ترافعا إلى الحاكم ليجتهد في مهر مثلها ويسقط تنازعهما، فإن تعذر على الحاكم بموتها أو لتغير حالها أو لاختلاف ذلك في عشائرها وأمكن ما قالاه فالقول قولها مع يمينها كما لو اختلفا في الثمن. [٦٨/أ]

فرع آخر

لو تزوجها على شقصٍ ودينار تدفع إليه فيخرج على القولين فإنه عقدٌ جمع صداقاً وبيعاً فإن قلنا: يجوز فيهما يأخذ الشفيع الشقص بمهر مثلها وبدينار فلو قال الشفيع: أنا آخذ المبيع دون الصداق كان له لأنهما عقدان فعلى هذا إن كان مهر مثلها خمسة دنانير ضم إليها الدينار وقسم الشقص على ستة أسهم، فإن اختار المبيع يأخذ السدس، وإن اختار الصداق يأخذ خمسة أسداسه.

فرع آخر

لو استأجر عبداً أو حراً أو إبلاً إلى مكة بشقصٍ من دارٍ أخذه الشفيع بقيمة الإجارة وهي أجرة المثل خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: لا شفعة فيه أصلاً.

فرع آخر

لو قال: من جاءني بالآبق فله هذا الشقص فجاء به ملك الشقص عليه ووجبت الشفعة فيه بأجرة المثل المجيء بالعبد.

فرع آخر

لو خالع زوجته على شقصٍ يأخذ الشفيع من الزوج بمهر مثلها، ولو صالح من دم العمد على شخصٍ يأخذه الشفيع بالدية خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

فرع آخر

لو كاتب عبده على شقصٍ لا تثبت الشفعة لأن الشقص لا يجوز أن يكون عوضاً في عقد الكتابة لأن الكتابة لا تصح إلا بعوضٍ مؤجلٍ والشقص لا يثبت في الذمة.

فرع آخر

لو حلَّ على المكاتب نجم فأخذ منه شقصاً من دارٍ تجب الشفعة للشريك مثل مال النجم فإن أخذه الشفيع بمثله ثم أدى المكاتب أو عجز فهو على ملكه، وإن تأخر أخذه حتى

عجز ورقَّ ففي الشفعة وجهان **أحدهما**: بطلت لأن المكاتب إذا عجز صار ملكه لسيده بالملك لا بالمعاوضة، **والثاني**: تثبت الشفعة لأن المكاتب إذا عجز السيد ابتدأ ملك الشقص بالمعاوضة فلا اعتبار بما أفضى [٦٨/ب] إليه من سقوط المعاوضة.

فرع آخر

إذا وجبت الشفعة للشفيع فلم يعلم بها حتى تقايلا أو رد بالعيب كان للشفيع إبطال الإقالة وأخذه بالثمن لأن حق الشفعة ثبت له فلا يملكان إبطاله، ولهذا لو باع المشتري الشقص كان له فسخ البيع، ولو كان الشفيع أسقط شفعته ثم تقايلا لا تستحق بها الشفعة لأن الإقالة فسخ قبل القبض وبعده، ولهذا لا يجوز أن يزاد في الثمن أو نقص ولا يثبت فيها خيار المجلس، وقال أبو حنيفة: هي بيع تجب به الشفعة، وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان قبل القبض فهي فسخٌ لا شفعة بها، وإن كان بعد القبض فهي بيع تجب به الشفعة وهذا غلط لما ذكرنا.

فرع آخر

لو كان الثمن عيناً فتلِفت قبل القبض بطل البيع وبطلت الشفعة، ولو عفا عن الشفعة ثم وجد المشتري العيب بالشقص فرده بالعيب لا تثبت الشفعة، وقال أبو حنيفة: تثبت الشفعة إذا كان بالتراضي وهذا غلط لأنه فسخ لا معاوضة، ولو باع المشتري من البائع بذلك الثمن أو بغيره كان للشفيع الشفعة، وكذلك لو قال له: ولّيتك هذا البيع لأنه عقد معاوضةٍ جديدةٍ فيستحق به الشفعة.

فرع آخر

لو وجبت له الشفعة فقضى القاضي بها له والشقص في يد البائع ودفع الثمن إلى المشتري فقال البائع للشفيع: أقلني فأقاله لم تصح الإقالة لأنها تصح بين المتبايعين والشفيع لم يملك من جهته.

فرع آخر

لو كان الثمن عبداً فاعورَّ في يد المشتري فالبائع بالخيار، فإن رضي بالعور وأمضى البيع أخذه الشفيع بقيمة العبد أعور، وقال أبو حنيفة: يأخذه بقيمته سليماً وهذا غلط لأن رضاه بعيبه رضاً منه بأنه الثمن بعينه والفرق بين هذا وبين أن يرضى بالزّيوف أن عور العبد لما أحدث له خياراً في فسخ البيع صار العبد الأعور ثمناً وزِيافة الدراهم لا تحدث له [٦٩/

أ] خياراً في فسخ البيع وإنما يستحق بها أخذ بدلها فصار الجيد ثمناً له فلا يقدر أن يأخذ بالزّيوف بل يلزمه الجيد.

مسألة: قال: فإن طلَّقَها قَبلَ الدُّخولِ رَجَعَ عليها بنصفِ قيمةِ الشِّقْصِ[١].

وهذا كما قال: إذا أصدق امرأته شقصاً ثم طلقها قبل الدخول لا يخلو من ثلاثة أحوالٍ إما أن يكون طلقها بعد ما أخذ الشفيع الشقص، أو بعد ما عفا مع العلم أو قبل أن يعلم بالشفعة ثم علم، فإن كان طلقها بعد ما أخذ الشفيع بالشفعة رجع الزوج عليها بقيمة نصف الشقص لأن ملكها زال عن الصداق فأشبه إذا باعته ثم طلقها، وإن طلقها بعد ما عفا الشفيع عن الشفعة يرجع الزوج في نصف الشقص لأن حق الشفيع سقط والشقص في يدها بصفته، وإن طلقها قبل أن يعلم الشفيع ثم علم الشفيع فالذي نص عليه أن الشفيع أولى، وقد ذكرنا فيه وجهاً آخر أن الزوج أحق لأن حقه ثابتٌ بالنص ولأنه إذا طلقها ملك الشقص ولا يحتاج إلى تمليكٍ مستأنفٍ بخلاف الشفيع فإنه ثبت حقه بالبيع ويحتاج إلى تمليك مستأنف.

وقال في «الحاوي»: فيه وجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا في نصف المهر هل يملكه الزوج بالطلاق أو بالتملك فإن قلنا: بالطلاق كان الزوج أحق وإن قلنا: بالتمليك كان الشفيع أحق وعلى هذا لو أفلس المشتري فيه وجهان **أحدهما**: البائع أولى بعين ماله إذا قلنا: الزوج أحق، **والثاني**: الشفيع أحق لتقدم حقه إذا قلنا: ها هنا الشفيع أحق من الزوج فعلى هذا هل يقدم بالثمن الذي أخذه من هذا الشفيع على جميع الغرماء؟ وجهان **أحدهما**: يقدم لأنه بدل من عين ماله التي كان أحق بها، **والثاني**: الكل سواء لفوات العين التي هو أخص بها.

فرع آخر

قال القفال: لو وجد المشتري بالشقص عيباً فيريد رده بالعيب ويريد الشفيع [٦٩/ب] الأخذ بالشفعة فيه قولان **أحدهما**: الشفيع أولى لأن المشتري يتخلص من ظُلامة العيب به ولم يذكر القاضي الطبري سوى هذا القول، **والثاني**: المشتري أولى لأن حق الرد بالعيب من مقتضيات العقد والشفعة تثبت عقيب العقد ولا خلاف أنه لو كان هناك خيار الشرط فلا شفعة للشفيع ما لم يمض زمان الخيار، فكذلك إذا كان هناك خيار الشرط فلا شفعة للشفيع ما لم يمض زمان الخيار، فكذلك إذا كان هناك خيار العيب قال: ويقرب القولان من

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٥١).

القولين في مسألة أخرى وهي أن يقاسم الشفيع أو يبيع نصيبه قبل العلم بالشفعة ثم علم ففي قولٍ يبطل حقه لأنه إنما يطلب الشفعة ليتخلص من سوء المشاركة وقد تخلص، **والثاني**: لا يبطل لأنه ثبت حقه سابقاً فلا يبطل بحادثٍ لا يكون به مفرطاً ولا راضياً بترك حقه.

فرع آخر

لو طلق امرأته ثم أمتعها شقصاً بما وجب لها من متعة الطلاق تجب الشفعة بمتعة المثل لا بمهر المثل لأن الطلاق يوجب متعةً ولا يوجب مهراً.

مسألة: قال: وإن اشتراها بثمنٍ إلى أجلٍ[1]

الفصل

وهذا كما قال: إذا باع شقصاً بمائة درهمٍ نسيئة إلى سنةٍ فطالب الشفيع بالشفعة فيه ثلاثة أقوالٍ أحدها ما قال ها هنا وهو الصحيح وبه قال أبو حنيفة: لا يأخذ الشفعة في الحال، ويقال له: إما أن تصبر إلى أن يحل الأجل فتدفع الثمن وتأخذ الشقص وإن أردت أن تتعجل أخذ الشقص فعجل الثمن فإن اختار الصبر لا تبطل الشفعة لأنه تأخيرٌ بعذرٍ ووجه هذا أنه لا يخلو إما أن يأخذه بمائة حالةٍ أو بمائةٍ مؤجلةٍ أو بقيمة الشقص أو بسلعةٍ تساوي مائةً إلى الأجل لا يجوز الأول لأن فيه ضرراً على الشفيع، ولا يجوز الثاني لأنه لا يجوز إبطال حق المشتري من العين إلى الذمة إلا بالرضا ولأن الأجل يدخل في عقود المراضاة مواساةً ولا يدخل في الاستحقاق جبراً، ولا يجوز **الثالث**: لأن الشقص [٧٠/أ] لا يؤخذ إلا بمثل الثمن الذي وقع به العقد والقيمة ربما تكون أقل أو أكثر ولا يجوز الرابع لأن الشفيع يأخذ بنقد البلد إن بيع به، وإن بيع بغير نقد البلد يأخذ مثله إن كان له مثلٌ أو بقيمته إن لم يكن مثلٌ والقيمة تكون من غالب نقد البلد والسلعة ليست من نقد البلد فثبت أنه بالخيار على ما ذكرنا، **والثاني**: قاله في القديم وبه قال مالك وأحمد واختاره أبو حامد إذا كانت ذمة الشفيع في الملاءة مثل ذمة المشتري كان له أن يأخذ الشقص بالثمن المؤجل لأن الثمن إذا كان حالاً أخذ به حالاً، فكذلك إذا كان مؤجلاً أخذ به مؤجلاً، وإن لم يكن الشفيع ثقةً أقام ضميناً ثقةً يكون الثمن في ذمته لأن هذا أشبه لصلاح الناس والشفيع يدخل مدخل المشتري، **والثالث**: قاله في الشروط يأخذه بسلعة تساوي مائة إلى أجل لأنه أقرب إلى ما خرج من المشتري وهذا والذي قبله ضعيف لأن القول الثاني يؤدي إلى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع والذمم لا تتماثل ولهذا إذا مات من عليه الدين لا ينتقل إلى ذمة

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/٢٥٣).

الوارث وربما يكون أحدهما: أوفى وأسهل في المعاملة من الآخر، والقول **الثالث**: يؤدي إلى العدول عن جنس المثمن الذي وقع به العقد مثلاً وقيمةً وذلك لا يجوز

فرع

إذا قلنا بالقول الصحيح فصبر الشفيع ثم مات المشتري قبل حلول الأجل حل الثمن عليه ولا يجب على الشفيع تعجيل المال والشفعة ثابتة له إذا حل الأجل لأنه وجب له بالعقد.

فرع آخر

لو لم يمت المشتري ولكنه أراد أن يبيع ذلك الشقص لم يمنع فإن حل الأجل كان للشفيع نقض البيع والأخذ بالشفعة، وإن شاء أجاز البيع الثاني وأخذ منه ذلك، وكذلك لو أراد أن يؤاجره له ذلك لأنه بعد ذلك يقدر على أخذه.

فرع آخر

لو أخذ الشفيع بالشفعة بعد ما آجره المشتري لا تبطل الإجارة بأخذ الشفيع ولكن له الخيار في إمضاء الإجارة وفسخها بخلاف ما لو رهن المشتري [٧٠/ب] ثم أخذ الشفيع بالشفعة يبطل الرهن بأخذ الشفيع، ثم الشفيع إن لم يفسخ الإجارة كانت الأجرة للمشتري لأنه عقدها في ملكه.

فرع آخر

لو رضيَ المشتري بتسليم الشقص وتأجيل الثمن يلزمه أن يأخذ أو يعفو عن الشفعة على الأقوال كلها لأنه لا يستضر به فإن لم يفعل وانتظر حلول الأجل بطلت شفعته إذا قلنا بالقول القديم، وإذا قلنا بالقول الجديد فيه وجهان **أحدهما**: وبه قال أبو الفياض لا تبطل الشفعة لأن تأجيل الثمن جعل حق الطلب مقداراً به، **والثاني**: تبطل الشفعة وهو الأصح لأن طلبه تقدر بمدة الأجل رفقاً بالمشتري فصار من حقوقه لا من حقوق الشفيع فإن رضي به المشتري فقد زالت العلة.

فرع آخر

لو كان الثمن منجماً فالمسألة على الأقوال فلو حلَّ نجم فقال الشفيع: أنا أدفع ما حل فيه وآخذ من الشقص بحصته منع لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري.

فرع آخر

إذا قلنا بالقول القديم وأخذ بثمنٍ مؤجلٍ ثم مات المشتري حل الأجل عليه ولا يحل على الشفيع، وكذلك إن مات الشفيع حل عليه دون المشتري.

مسألة: قال: ولو ورثَه رجلانِ فماتَ أحدُهُما ولهُ ابنانِ[١]

الفصل

وهذا كما قال: صورة المسألة أن يموت رجل وخلف ابنين فورثا داراً ثم إن أحد الابنين مات وخلف ابنين فورثا نصيبه ثم باع أحد هذين الابنين نصيبه من الدار وهو الربع فهل يكون أخوه أولى بالشفعة من عمه؟ أو يشترك هو والعم؟ في ذلك قولان منصوصان:

أحدهما: الأخ أولى به قال مالك لأن شركة أخيه أخص بالمبيع من شركة العم، ألا ترى أنها إذا قسمت جعل نصيب العم حزباً ونصيبهما حزباً ثم قسم حزبهما نصفين.

والثاني: وهو الصحيح يشتركان فيه نص عليه في «الإملاء» وقال: هذا هو القياس وبه قال أبو حنيفة وأحمد والمزني لأنهما شريكان في الملك حال الاستحقاق فيشتركان في الشفعة كما لو كان بين ثلاثة شركاء دار فباع [٧١/أ] أحدهم نصيبه فللآخرين الشفعة كذلك ها هنا، وأما ما ذكروا من الاختصاص فلا معنى له لأن الاعتبار بالشركة لا بسببها فإذا قلنا بهذا هل يأخذان على عدد الرؤوس أو على قدر النصيبين، قولان **أحدهما**: على عدد الرؤوس وهو اختيار المزني وبه قال أبو حنيفة والشعبي والنخعي وسفيان الثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأحمد في روايةٍ لأن كل واحدٍ منهما لو انفرد أخذ الكل بالشفعة فإذا اجتمعوا استووا كالبنين في الميراث، **والثاني**: أنه على قدر الأنصباء وهو الأصح، واختاره أبو إسحاق وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعطاء ومالك وعبيد الله العنبري وسوار القاضي وإسحاق وأحمد في رواية أخرى لأنه مرفقٌ يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الملك كالغلة والثمار، وأما ما ذكره القائل الأول لا يصح لأنه لا يمتنع أن يأخذ الكل عند الانفراد ولا يستويان عند الازدحام كما لو مات وترك ألف درهم وعليه دين لرجلين لواحدٍ منهما ألف درهم وللآخر ألف درهم لو انفرد كل واحدٍ منهما استحق كل الألف وإذا اجتمعا يأخذان الألف على الثلث والثلثين، كذلك ها هنا قال المزني: وفي تسويته بين الشفعتين على كثرة ما للعم على الأخ قضاء لأحد قوليه على الآخر في أخذ الشفعاء بقدر الأنصباء يقال للمزني: كيف يقضي جوابه بأحد القولين على القول الثاني من غير دليل ولا حجة وقد

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٥٥).

علمت أن الشافعي إن كان له قولان في مسألة فربما يجيب في بعض المواضع ب**أحدهما**: ويجيب في موضع آخر على القول الآخر على أن مقصوده التسوية بين العم والأخ في أصل الشفعة لا في مقدارها عند قسمتها، ثم احتج المزني على التسوية بأنه لو كان عبداً مشتركاً بين ثلاثةٍ لأحدهم نصفه، وللثاني سدسه، وللثالث ثلثه فأعتق صاحب الثلث والشقص نصيبهما وهما موسران كان النصف الباقي مقوماً عليهما [٧١/ب] وإن كان ملك أحد المعتقين أكثر من ملك الآخر قلنا: قال بعض أصحابنا: في مسألة العتق قولان أيضاً **أحدهما**: يقوَّم عليهما على التفاوت وهذا غير صحيح والفرق ظاهر وذلك أن العتق يجري مجرى الجناية بما له من السراية في ملك الشريك فلذلك استويا في التقويم والتغريم وعلى هذا أصل الجنايات، ألا ترى أنه لو جرح رجلاً جراحةً وجرحه آخر مائة جراحة فمات كانت الدية على الجارحين نصفين، وكذلك لو طرح رجل في طعام رجل مقدار درهمٍ من النجاسة وطرح آخر مائة درهم من النجاسة كانا في الغرامة سواء.

وأما الشفعة فسبيلها في استحقاقها سبيل التجارات والمعاوضات، ومعلوم أن الأموال إذا جلبت أرباحها وفوائدها كانت الفوائد منقسمة على مقدار الأصول كالأرباح والأكساب ومهور الجواري وثمار الأشجار ونتاج البهائم كذلك ها هنا ثم قال المزني: وقد قال الشافعي: ولورثة الشفيع أن يأخذوا ما كان يأخذ أبوهم بينهم على العدد امرأته وابنه في ذلك سواء.

قال أصحابنا: هذا الذي قاله المزني لا يعرف للشافعي في قديم ولا جديد والذي يقتضي مذهبه أن حق الشفعة موروث كما أن الأعيان موروثة فيجب أن تأخذ المرأة الثمن ويأخذ الباقي الابن، وقال أبو إسحاق: لو كان الشافعي قال هذا لكان له وجه وهو أن يقال: صورته أن يموت رجل بعد ثبوت الشفعة... له قبل أخذها فانتقلت إلى ورثته امرأة وابن يستحقان على سواءٍ لأن أول إزالة الملك عن المشتري إلى الشفعاء بعد الموت فصارت كشفعةٍ تثبت لهما ابتداءً فيكونان فيها سواء وهو أحد القولين، ولأن الورثة إنما يستحقون بالشفعة في هذا الشقص من أجل الشقص الآخر الذي ورثوه فكأنهما استحقا ذلك بسبب ملكٍ لهما، فإذا سويَ بين صاحب النصيب القليل وبين صاحب النصيب الكثير على أحد [٧٢/أ] القولين جاز أن يسوي بين المرأة والابن وإن اختلف ميراثهما عن الميت، ويمكن أن يكون المزني انفرد بسماعه من الشافعي ومن قال بالأول قال: هذا لا يصح لأنهما لا يأخذان بالشقص الموروث الآن بل يأخذان الشفعة لأجل الشقص الذي كان ملكاً للموروث والابن والمرأة ورثا الشفعة كما ورثا الشقص.

وقال القاضي الطبري: يمكن أن يقال: هما وإن ورثا الشفعة فالاستحقاق متعلق

بالشقص الموروث، ألا ترى أن من باع منهما حقه من الشقص قبل الأخذ بالشفعة لم يكن له المطالبة بالشفعة فإذا كان كذلك أمكن نُصرة ما قاله أبو إسحاق والله أعلم.

ومن أصحابنا من قال: مراد الشافعي بهذه المسألة أن يموت الرجل عن ورثةٍ قبل ثبوت الشفعة له ثم ثبتت ببيع بعد موته قبل قسمة التركة وجواب الشافعي على قول التسوية لأن ابتداءها يثبت لهم وكأن المزني ذهب إلى هذا التأويل والتصوير، وإذا صورنا هذه الصورة لم تكن المسألة موضوعه في الشفعة الموروثة لأن الميت مات قبل ثبوت الشفعة بل هي شفعة تجددت لطائفةٍ مشتركين في إرثٍ ويستفاد من هذا التصوير فائدة غريبة، وهي أن رجلاً لو مات وخلف نصف دارٍ وورثة وعليه دين يستغرق جميع تركته فبيع النصف الثاني من الدار قبل بيع التركة في الدين كان لورثة الميت طلب الشفعة في النصف المبيع لأن ملك الورثة على النصف المستغرق بالدين فإن بيع من النصف الموروث بعضه لم يكن للورثة بالباقي من النصف طلب الشفعة في بعض المبيع لأن ملكهم بيع عليهم فلا يثبت لهم شفعة في ملكهم بملكهم، وكذلك لو كان لهؤلاء الورثة في هذه الدار شقصٌ مملوك قبل موت أبيهم فمات أبوهم عن شقصٍ فيها فبيع شقص أبيهم في دينه فليس للورثة طلب الشفعة في الشقص المبيع هكذا ذكر أكثر أصحابنا بخراسان والعراق.

وقال القاضي [٧٢/ب] الطبري في هذه المسألة الأخيرة تثبت الشفعة للورثة بملكهم القديم في الشقص المبيع للدين لأنه يجعل كأن الميت باعه في حياته لأنه يباع في دينه فوجب أن يكون الاعتبار بالشركة الموجودة في حياته دون ما يحدث بعد موته ولم يذكر وجهاً آخر، وهكذا ذكره ابن الحداد ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأنه إنما يلحق بحال الحياة إذا وجد سببه في حال الحياة ما لا يمكن ابتداؤه بعد الوفاة، ولو كان كذلك لم يكن للوارث أن يقضي الدين من عنده ويمنع من البيع ولأن هذا ملك الورثة وإنما تعلق الدين بهذه العين لأنهم ملكوها من جهة الميت فهو كالعبد إذا جنى يتعلق أرش الجناية برقبته وهو ملكٌ لمولاه ويباع فيها، وإن كان الدين ليس على مولاه كذلك ها هنا، وقال ابن أبي هريرة: غلط أبو إسحاق فيما قال وأراد الشافعي بما قال: امرأته وابنه في ذلك سواء أي: سواء في الاستحقاق لا في المقدار فلا حجة للمزني فيه.

فرع

ذكره أبو العباس ابن سريج على القول الأول فقال: إذا عفا الأخ عن الشفعة هل يستحق العم الأخذ بالشفعة أم لا؟ يحتمل وجهين **أحدهما**: يستحق لأنه شريك وإنما قدم الأخ عليه لقرب نسبه وامتزاجه فإذا عفا وسقط حقه استحق العم كما لو عفا وليُّ المقتول

الأول عن القصاص يُستوفى بالمقتول الثاني، **والثاني**: لا يستحق لأنه لم يستحق حال البيع فلا يستحقها بعد، فإذا تقرر هذا قال ابن سريج: لا يختص ما ذكرنا بالإرث والشافعي لم يخص الميراث لأن الحكم يتعلق به وحده بل كل ملكٍ اختلف سببه فهو على هذا القياس، فلو اشترى نصف دارٍ ثم اشترى باقيها رجلان كان الأول كالعم والآخران كابني العم على ما فصلناه، وكذلك لو اشترى اثنان داراً فباع **أحدهما**: نصيبه من اثنين وعفا الشفيع عن الشفعة ثم باع أحد هذين نصيبه من رجل [٧٣/أ] هل تكون الشفعة للآخر الذي بقي من هذين أولهما؟ على قولين. ثم فرع ابن سريج على هذا فروعاً فقال: إذا مات رجل وخلَّف ابنتين وأختين فللابنتين الثلثان وللأختين الثلث فإن باعت إحدى الأختين نصيبها يحتمل أن تكون الشفعة لأختها وللابنتين، ويحتمل أن يكون على قولين أيضاً:

أحدهما: الشفعة لأختها وحدها.

والثاني: الشفعة بين الكل والأظهر أن يشترك الجماعة ها هنا قولاً واحداً لأن الجميع تملكوا بسببٍ واحدٍ وهو الإرث من شخصٍ واحدٍ وفي تلك المسألة ملك الأخوان من شخصٍ والعم من شخصٍ آخر.

والفرع الثاني قال: لو خلف داراً وثلاثة بنين ثم مات أحدهم وخلف ابنين ثم باع أحد العمين نصيبه يحتمل أن هذا على القولين أيضاً ويحتمل أن تكون الشفعة بينه وبين ابن أخيه قولاً واحداً، والفرق أن ها هنا يقوم أبناء الميت منهم مقام أبيهم ويخلفونه في الملك، ولو كان أبوهم باقياً شارك أخاه في الشفعة فلهذا شاركوه وفي مسألة الكتاب البائع ابن أخيهم وهم لا يقومون مقام أخيهم وإنما يقومون مقام أبيهم فافترقا.

والفرع الثالث: قال: لو خلف داراً وثلاثة بنين فباع أحدهم نصيبه من ابنين وعفا أخواه عن الشفعة، ثم باع أحد المشتريين نصيبه من الأجنبي فهذا على قولين أيضاً كمسألة الشافعي **أحدهما**: الشفعة لمن اشترى معه دون الأخوين، **والثاني**: الشفعة بينه وبين الأخوين.

والفرع الرابع قال: لو مات وخلف أربع نسوةٍ وأربعة بنين وداراً فباعت إحدى النسوة حقها من الدار مشاعاً اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: يستحق الجميع الشفعة قولاً واحداً ومنهم من قال: فيه قولان **أحدهما**: أن النساء أولى به لأن شركتهن أخص بالمبيع لأنهن شركاء في الثمن [٧٣/ب] فنصيبهن حزبٌ ونصيب الأولاد حزبٌ ومن قال: إنها على قولٍ واحدٍ فرَّق بين هذه المسألة وبين مسألة الأخ والعم بأن في هذه المسألة تقسم الفريضة من ثمانيةٍ فيكون الجميع في الشركة سواء وليس كذلك في تلك المسألة فإن الفريضة تقسم

نصفين ثم يقسم أحد النصفين بين الاثنين لأنهما تركتان وهذه تركة واحدة.

والفرع الخامس قال: لو أوصى بثلث ضيعةٍ له لرجل ثم مات وخلف ابنين وقبل الموصى له الوصية ملك الثلث، فإن باع أحد الابنين نصيبه من التركة كانت الشفعة لأخيه وللموصى له بالثلث على القول الذي نقول الأخ والعم سواء، فإن قلنا: الأخ أولى من العم كان الأخ ها هنا أولى من الموصى له بالثلث.

والفرع السادس لو كان شريكان في دارٍ باع **أحدهما**: من رجل عشر نصيبه ثم باع منه تسعة أعشار نصيبه في صفقةٍ أخرى قال أبو حنيفة: يأخذ الشريك العشر الأول ثم هو والمشتري للعشر شريكان في الباقي يأخذانه بالسوية فيأخذ الشفيع نصف هذه الأعشار التسعة وهكذا يفعل القوم قصداً لإبطال بعض الشفعة، وعندنا إذا أخذ العُشر بالشفعة أخذه بحقوقه ومن حقوقه ثبوت الشفعة بسببه في الباقي فيأخذ الأعشار التسعة كلها فلا ينفع هذه الحيلة ولأن ملكه على الأول لم يستقر فلا يستحق به الشفعة.

ومن أصحابنا من قال مثل قول أبي حنيفة لأن ملكه ثبت على الأول، فإذا اشترى الباقي كان شريكاً بالأول فأما إذا عفا عن العشر فحينئذ لا يمكنه أن يأخذ من الأعشار التسعة إلا بعضها ففي قول يأخذ نصفها، وفي قول يقسم هذه الأعشار التسعة بينهما على أحد عشر سهماً بأن يجعل [٧٤/أ] النصف الثاني من الدار عشرة أسهم أيضاً فيكون ل**أحدهما**: عشرة وللآخر واحدٌ فيأخذان تسعة أعشار النصف على هذه السهام، فإذا تقرر هذا فاعلم أن الشفعة عندنا تورث كما يورث الرد بالعيب ويقسم بين الورثة على قدر حقوقهم إلا على ما حكاه المزني وقد ذكرنا ما قيل فيه وبه قال مالك وعبيد الله العنبري، وقال أبو حنيفة والثوري وأحمد: لا يورث حق الشفعة ويبطل بالموت وهذا غلط لأنه خيار لدفع الضرر عن المال فيورث كالرد بالعيب.

فرع

لو عفا بعض الورثة عن حقه من الشفعة هل يسقط حقوق الباقين من الشفعة؟ وجهان **أحدهما**: يسقط وهو اختيار ابن أبي هريرة لأنهم قاموا مقام أبيهم، ولو عفا هو عن بعضها يسقط الباقي كذلك ها هنا، **والثاني**: لا يسقط وهو اختيار أبي حامد وهو الصحيح كما لو عفا بعض الشركاء عن الشفعة لا يسقط حقوق الباقين ويفارق الموروث إذا عفا عن بعض الشفعة يسقط الكل لأنا لو لم نسقط حقه من الباقي أدَّى إلى تبعيض الصفقة على المشتري وذلك لا يجوز وها هنا لا يؤدي إلى هذا لأنه يقال: الآخر إما أن يأخذ الكل أو يدع قال أبو حامد: ولو ورثوا حق الرد بالعيب فعفا بعضهم عن حقه سقط حق الباقين قولاً واحداً،

لأنا لو جوزنا للباقين الرد أدى إلى تبعيض الصفقة على البائع إذ لا يمكنهم رد حصة العافي، وقال أبو إسحاق المروزيّ: إذا عفا أحد الورثة هل يرجع نصيبه إلى باقي الورثة؟ قولان **أحدهما**: يرجع كما في الشركاء وعلى هذا لو حضر أحد الورثة وطالب بالشفعة قضي له بكل الشفعة، **والثاني**: وهو الأصح لا يرجع نصيبه إلى من بقي لأن جميعهم شفيعٌ واحدٌ [٧٤/ب] وعلى هذا لو حضر واحد لا يُقضى له حتى يجتمعوا فإذا قلنا: لا يبطل يأخذ منها بقدر ميراثه ولا يأخذ الكل بخلاف الشفيع الأصليّ لأن الشفيع الأصلي كان له أخذ جميعها فجاز أن يسقط بعفوه عن البعض كلها، وأما أحد الورثة لا يملك منها إلا قدر حقه فلم يبطل بالعفو عن غير حقه.

فرع آخر

لو عفا الشفيع في مرضه عن الشفعة ثم مات من أصحابنا من قال: للوارث إبطال عفوه والأصح أنه يصح عفوه كما لو لم يقبض الهبة لأنه سبب يفضي إلى الملك وليس بملكٍ مستقرٍ.

فرع آخر

لو لم يكن للشفيع وارث إلا بيت المال فيه وجهان **أحدهما**: أنه موروث لبيت المال والإمام يأخذه لكافة المسلمين إذا رأى صلاحاً، **والثاني**: تبطل الشفعة لأنه لدفع الضرر وها هنا لا يتعين الضرر بأحدٍ بخلاف الوارث.

فرع آخر

لو كان الشقص موقوفاً على رجل بعينه أو جماعة بأعيانهم وقلنا في أحد القولين: يملك الموقوف عليه رقبة الوقف هل يستحق الشفعة؟ به وجهان **أحدهما**: يستحق لثبوت ملكه واستقراره بسوء المشاركة، **والثاني**: لا يستحق لأنه ليس بتام الملك ولا مطلق التصرف.

فرع آخر

لو باع في مرضه المخوف شقصاً من دارٍ لم يخل من أحد أمرين إما أن يكون البيع بثمن المثل، أو بالمحاباة بأقل من ثمن المثل فإن كان بثمن المثل فللشفيع الشفعة سواء كان الشفيع والمشتري وارثين أو غير وارثين أو أحدهما: وارثاً والآخر غير وارث وبه قال أبو يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: لا يصح بيع المريض من وارثه، وإن كان بثمن المثل ولا شفعة، وإن كان بيع محاباةٍ مثل أن باع شقصاً بألف درهم وهو يساوي ثلاثة آلاف درهم فقد حاباه في ثمنه بألفي درهم فإن كان المشتري والشفيع أجنبيين [٧٥/أ] فإن كان البائع يملّك مالاً يخرج المحاباة من ثلثه صحَّت المحاباة وأخذ المشتري الشقص بألف وأخذ منه الشفيع بألف، وإن كان البائع لا يملك غير هذا الشقص فللمشتري الخيار في أن يأخذ ثلثي الشقص بألفٍ ليحصل له نصف المحاباة وهو ألف يكون ثلث التركة قد يرجع إلى الورثة ثلث الشقص وقيمته ألف مع ألف، أو يفسخ البيع لأن الصفقة تفرقت عليه ثم للشفيع أن يأخذ بالألف ثلثي الشقص الصائر للمشتري بألفٍ، وإن كان المشتري وارثاً والشفيع أجنبياً فالمحاباة باطلة، وإن خرجت من الثلث لأنها وصية لوارثٍ والمشتري بالخيار بين أن يأخذ ثلث الشقص بألفٍ وبين أن يرده فإن أخذ ثلثه فللشفيع أخذ الثلث منه بالألف، وإن رده المشتري عرض على الشفيع قبل رده فإن رضي أن يأخذ ثلث الشقص بالألف كان أحق وبطل رد المشتري لأنه يرد ليحصل له الثمن الخارج من يده وقد حصل له من جهة الشفيع فوصل إلى حقه ومنع من إبطال حق الشفيع برده كما يمنع من رده بعيب لو ظهر إذا رضي الشفيع ويكون عهدة الشفيع على المشتري، ولو أن باقي الورثة أجازوا الوارث محاباته وأعطاه الشقص كله بالألف جاز وفيما يأخذه الشفيع قولان مبنيان على أن إجازة الورثة عطيَّة أو إمضاء.

فإن قلنا: إمضاءٌ فللشفيع أن يأخذ الشقص كله بالألف وإن قلنا: عطية يأخذ ثلث الشقص بالألف وتخلص للمشتري ثلثاه لأنها عطيَّة له خالصة، وإن كان المشتري أجنبياً والشفيع وارثاً فإن لم يحتمل الثلث شيئاً من المحاباة لإحاطة الدين بالتركة بطلت المحاباة وكان للمشتري الخيار في أخذ ثلث الشقص أو رده فإن أخذه كان الشفيع أحق به، وإن كان وارثاً لأنه لا محاباة فيه، وإن احتمل الثلث كل المحاباة لأنه ذو مالٍ [٧٥/ب] فالمحاباة بثلثي الشقص، وإن احتمل الثلث بعضها وهو أن لا يملك غير الشقص المقوَّم ثلاثة آلاف درهم احتمل الثلث نصف المحاباة وهو ثلث الشقص وفيها أربعة أوجهٍ حكاها ابن سريج.

أحدها: أنها جائزة للمشتري وللشفيع لأن المشتري بها فصحَّت له والشفيع داخل عليه فإنه يأخذ منه لا من المريض، ولأنه يجوز أن لا يجوز له المحاباة ولكنها تؤول إليه بمعنًى آخر كما لا يجوز إقرار العبد بما يوجب المال، ثم لو أقر بجنايةٍ توجب القود فعفا المقر له على مالٍ وجب المال فعلى هذا يأخذ المشتري بثلثي الشقص بألفٍ وللشفيع أخذ هذين الثلثين بألفٍ ويرجع الثلث إلى الورثة مع ألف الثمن.

قال أصحابنا: هذا هو المذهب وإنما ذكر ابن سريج هذه الأقاويل على عادته في ذكر ما يحتمل المسألة من الأقاويل وإن لم يخرَّج على أصل الشافعي ثم تخلص ما يخرج على

مذهبه.

والثاني: المحاباة جائزة للمشتري دون الشفيع لأن الشفيع ممن لا يصح محاباته وهو بها غير مقصودٍ فعلى هذا يأخذ المشتري ثلثي الشقص بألفٍ وللشفيع أن يأخذ منه ثلثه بألفٍ ويرجع إلى الورثة الثلث فيصير الشقص أثلاثاً ثلثه للورثة، وثلثه للمشتري لأنها محاباة له، وثلثه للشفيع.

والثالث: المحاباة باطلة لهما لأنها قد تفضي إلى الشفيع الذي لا يصح أن يملكها وهي مقترنة بالمبيع الذي لا يجوز أن يفرد عنها فعلى هذا للمشتري أن يأخذ ثلث الشقص بالألف وللشفيع أن يأخذ منه بالألف ويرجع الثلثان إلى الورثة.

والرابع: أن المحاباة موقوفة مراعاة فإن عفا الشفيع عن شفعته صحت المحاباة للمشتري وأخذ ثلثي الشقص بالألف رجع الثلث إلى الورثة، وإن طالب الشفيع بالشفعة بطلت المحاباة للمشتري وأخذ ثلث الشقص بالألف ويأخذ الشفيع منه بالألف ويرجع الثلثان إلى [٧٦/أ] الورثة.

ومن أصحابنا من حكى وجهاً خامساً عن ابن سريج أنه يبطل البيع والشفعة معاً، وحكي وجهاً سادساً عنه أيضاً أنه يأخذ الشفيع من المشتري ثلثي الشقص بالألف لأن الشفيع يستحق على المشتري أخذ الشقص بالثمن الذي وقع العقد عليه ثم إذا أخذه يلزمه أن يرد ثلث الشقص على الورثة لأنها محاباة حصلت في يده ولا يجوز أن يأخذ من موروثه محاباة لأنها وصية له، وفيه وجه سابع أنه يصح المحاباة للمشتري ولا شفعة للشفيع أصلاً لأنه لا يمكن أخذ الكلّ ولا أخذ النصف لأنه يؤدي إلى تبعيض الصفقة على المشتري وذلك لا يجوز فبطلت الشفعة أصلاً وبه قال أصحاب أبي حنيفة ولا معوّل على شيء منها والاعتماد على ما ذكرنا أولاً، وإن كان الشفيع وارث المشتري وهما أجنبيان من البائع صحت المحاباة للمشتري واستحق الشفيع المحاباة بشفعته لأنها ليست محاباة من المشتري ألا تراه يأخذها منه جبراً بلا اختيار.

فرع آخر

لو قال لأم ولده: إذا خدمت بعد موتي ورثتي سنة فلك هذا الشقص فخدمتهم سنةً بعد موته استحقت الشقص، وهل يُغلب في ملكها للشقص حكم المعاوضة أو حكم الوصايا؟ وجهان **أحدهما**: يغلب حكم المعاوضة لأنها استحقته بخدمتها فعلى هذا يأخذه الشفيع بعد انقضاء السنة بأجرة مثل خدمتها تلك السنة، **والثاني**: وهو ظاهر المذهب يغلب حكم الوصايا لاعتباره من الثلث وملكه الشقص عن من لم يملك الخدمة فعلى هذا يكون وصيةً

على صفةٍ بعد الموت ولا شفعة فيها.

مسألة: قال: فإن حضر أحد الشفعاء أخذ الكل.

الفصل

وهذا كما قال: الدار إذا كانت بين أربعة أنفسٍ فباع واحد منهم نصيبه من أجنبي فلشركائه أن يأخذوا بالشفعة [٧٦/ب] لأنهم شركاء في الملك حال البيع ثم لا يخلو إما أن يكون حضوراً أو غيّباً فإن كانوا حضوراً يأخذون على السواء بينهم فإن عفا اثنان منهم عن الشفعة قلنا للثالث: أنت بالخيار بين أن تأخذ الكل أو تترك فإن أراد أخذ الثلث لم يكن له لأن الشفعة تجب لإزالة الضرر فلا يجوز إلحاق الضرر بها بالمشتري، وإن كان الشركاء غيّباً فحضر واحد منهم فطالب بحصته من الشقص لم يكن له وقيل له: إما أن تأخذ الكل بجميع الثمن أو تدع، فإن أخذ الكل بجميع الثمن ثم حضر الثاني كان له أن يأخذ منه النصف بنصف الثمن لأنهما لو حضرا معاً أخذاه نصفين فإذا جاء أحدهما: بعد الآخر كان النصف لكل واحدٍ منهما، وإن حضر الثالث: أخذ منهما الثلث بثلث الثمن، فإن عفا الثاني والثالث: استقر على الأول، وإن عفا الثاني دون الأول استقر عليهما.

فرع

لو كان للشقص غلة فحصلت في يد الشفيع الأول ثم حضر الثاني لم يشاركه الثاني فيها لأنها انفصلت في ملكه كما لو انفصلت في يد المشتري قبل الأخذ بالشفعة كانت للمشتري، وكذلك لو أخذ الثاني الغلة ثم حضر الثالث: لم يشاركه الثالث: فيها لما ذكرنا.

فرع آخر

لو أخذ الشقص مستحقاً قال أكثر أصحابنا: عهدة الثلاثة على المشتري ولا يرجع أحدهم على صاحبه لأنهم استحقوا الشفعة عليه، وذكر القاضي الطبري وجهاً آخر عن بعض أصحابنا أنه قال: عهدة الشفيع الثاني على الأول، وعهدة الثالث: عليهما لأنه أخذ الشقص من يده وقد كان ملكه له ودفع الثمن إليه فكانت عهدته عليه وعهدة الأول على المشتري والأول أشهر.

فرع آخر

لو حضر أحد الشفعاء وقال: لا آخذ الكل بل أنتظر مجيء الشريكين الآخرين فإن عفوا أخذت الكل، وإن أخذا [٧٧/أ] شاركتهما هل تبطل شفعته بهذا التأخير؟ اختلف

أصحابنا فيه فمنهم من قال وهو اختيار أبي إسحاق وابن سريج: لا تبطل لأن له غرضاً في تأخير الأخذ فكان عذراً وهو أن لا يغرم الثمن فيما ينتزع من يده وهذا أقيس، ومنهم من قال وهو اختيار ابن أبي هريرة: تبطل لأنه كان قادراً على أخذ الكل فكف عنه.

فرع آخر

إذا قلنا: يبطل حقه بهذا التأخير سقط حق الأول فإن قدم الآخران وطالبا أخذا بالشفعة وإن لم يطالبا سقط حقهما، وإذا قلنا: لا يبطل حقه بهذا التأخير فإذا قدم الشريكان نُظرا فإن طالبا بالشفعة شاركهما الأول فيكون الشقص بينهم أثلاثاً، وإن عفوا عن الشفعة هل للأول أن يأخذ نصيبهما بالشفعة؟ قال أبو إسحاق: يُنظر فإن كان قال: أنا مطالب بالشفعة في الكل ولكني آخذ حصتي وأتوقف في حصة شريكي لأنظر ما يكون منهما له أخذ نصيبهما لأنه لم يعف عنه، وإن كان قال: لست أطالب إلا بحصتي وقد عفوت عما زاد على ذلك فقد بطلت شفعته فيما زاد على الثلث فليس له أخذه عند عفو الشريكين.

فرع آخر

لو أخذ الشفيع الأول الكل، ثم حضر الثاني وقال: أقبض ثلث ما في يده وهو قدر حصتي عند حضور الثالث: وطلبه فامتنع الأول وقال: خذ نصف ما في يدي أو تعفو فيه وجهان **أحدهما**: القول قول الأول ويقال له: إما أن تأخذ النصف أو تدع كما يمنع الأول مع المشتري من ذلك، والثاني: القول قوله وله أن يقتصر على أخذ الثلث بخلاف الأول مع المشتري لأن للمشتري صفقة يمنع من تفريقها عليه وليس للشفيع الأول صفقة تفرق عليه وإنما هو عفو عن بعض ما استحق عليه وهذا اختيار ابن سريج والأول أقيس.

فرع آخر

لو أخذ الشقص أحد الشفعاء الثلاثة [٧٧/ب] عند غيبة الآخرين، ثم قدم أحد الغائبين فصالح الحاضر على ثلث الشقص وسلم له الثلثين فذلك جائز ولا يكون إبراءً، فإذا قدم الغائب الآخر فيه وجهان:

أحدهما: يرجع على الأول الذي بيده الثلثان فيأخذ نصف ما بيده وهو الثلث فيصير الشقص بينهم أثلاثاً ليكونوا في الشفعة سواء.

والثاني: وهو قول محمد بن الحسن واختاره ابن سريج: الشقص يكون بينهم على ثمانية عشر سهماً أربعة أسهم منها للعافي، وسبعة أسهم لكل واحدٍ من الآخرين، ووجه ذلك أن العافي لما صالح على الثلث صار تاركاً لثلث حقه لأنه كان مستحقاً للنصف فاقتصر

على الثلث فصار الشقص بينهما على ثلاثة أسهم سهم للعافي، وسهمان للحاضر الأول فلما قدم الثالث: استحق ثلث ما بيد العافي وهو ثلث سهم يضم إلى السهمين اللذين مع الأول يصير سهمين وثلثاً فيكون بينهما فيصير لكل واحدٍ منهما سهم وسدس فيُضرب في مخرج السدس وهو ستة لتصح السهام فيكون له أربعة أسهم من ثمانية عشر وكان لكل واحد من الآخرين سهم وسدس من ثلاثة مضروب له في ستة فيكون له سبعة أسهم والآخر مثلها.

وقال صاحب «الحاوي»: الصحيح عندي غير هذين الوجهين فأقول: الشقص بينهم على تسعة أسهم سهمان للعافي، وثلاثة أسهم للآخر، وأربعة أسهم للمعفو عنه ووجه ذلك أن العافي لما صالحه على الثلث صار الشقص سهماً على ثلاثة أسهم سهم للعافي وسهمان للمعفو عنه، فإذا قدِم الغائب الآخر فله أن يرجع على العافي بثلث ما في يده لأن له ثلث الشفعة فيكون ثلث سهم ويرجع على المعفو عنه بثلث ما بيده من السهمين فيكون ثلثي سهم فيصير جميع ما أخذه منهما سهماً واحداً ويبقى على العافي ثلثا سهم [٧٨/أ] وعلى المعفو عنه سهم وثلث فاضرب ذلك في مخرج الثلث وهو ثلاثة تكن تسعة أسهم للعافي منها سهمان لأن له سهماً وثلثاً في ثلاثة، ولم يجز أن يكون الأخير مساوياً المعفو عنه لأنه غير مقصود بالمحاباة والعفو.

فرع آخر

لو حضر الأول وأخذ الشقص بالشفعة ثم وجد به عيباً فرده على المشتري ثم حضر الغائبان كان لهما الشفعة لأن رده بالعيب بمنزلة عفوه عنها، وقال محمد: لا يأخذان إلا نصيبهما لأن الأول لم يعف عن الشفعة ولكنه ردَّ لأجل العيب فلا يتوقف نصيبه على الآخر كما لو رجع إليه بسببٍ آخر وهذا غلط لأن الشفيع فسخ تملكه ورجع إلى المشتري بالسبب الأول فكان للشفيع الآخر أن أخذه منه، ويفارق إذا عاد بسبب آخر لأنه عاد غير الملك الأول الذي تعلقت به الشفعة بخلاف مسألتنا.

فرع آخر

لو حضر الشفيع الثالث: وكان أحد الشريكين غائباً فإن قضى له القاضي على الغائب أخذ من الحاضر الثلث ومن الغائب الثلث، وإن لم يقض له فكم يأخذ من الحاضر؟ وجهان **أحدهما**: الثلث لأنه قدر ما يستحقهما في يده، **والثاني**: النصف لأن أحدهما: إذا كان غائباً صار كأنهما الشفيعان فيقتسمان بينهما بالسوية، فإذا ثبت هذا فإذا حضر الغائب وغاب هذا الحاضر ثلث ما في يده أخذ من الذي كان غائباً وحضر ثلث ما في يده أيضاً، وإن كان أخذ من الحاضر نصف ما في يده أخذ من هذا سدس ما في يده فيتم بذلك نصيبه وتصح

قسمة ذلك من ثمانية وأربعين فالمبيع اثنا عشر سهماً أخذ كل واحدٍ ستة فإن أخذ من أحدهما: سهمين وهو ثلث ما في يده أخذ من الآخر سهمين، وإن أخذ نصف ما في يده وهو ثلاثة أخذ من الآخر سهماً وهو سدس ما في يده فيتم له أربعة أسهم وذلك ثلث السهم المبيع.

فرع آخر

قال الشافعي عقيب هذه المسألة: وإن كان الاثنان [٧٨/ب] قد اقتسما قبل قدوم الثالث: كان له نقض قسمتهما لأن له فيه حق الشفعة ولم يرد الشافعي أن القسمة تنتقض بالمطالبة بنقضها بل أراد أنها تنتقض بالمطالبة بالشفعة، فإذا طالب بالشفعة انتقضت القسمة بين الأولين، وإن كانا قد اقتسما قسمةً صحيحة، فإن قيل: كيف تصح قسمتهما والشريك الثالث: غائب؟ قلنا: يتصور صحتها بأن وكل في القسمة قبل حصول البيع وغير ذلك على ما سنبين إن شاء الله تعالى.

فرع آخر

لو قال الشفيع الواحد: عفوت عن نصف الشفعة ففي المسألة وجوه **أحدها**: بطلت الشفعة في الكل كالقصاص إذا عفا عن بعضه سقط كله لأنه لا يتجزأ وهو ظاهر المذهب وبه قال محمد وهو اختيار ابن سريج، **والثاني**: لا تبطل الشفعة ويقال له: خذ له الكل أو دع الكل وبه قال أبو يوسف لأن العفو لما لم يكمل بطل، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا هو المنصوص، **والثالث**: حكي عن ابن سريج أنه قال: يأخذ النصف ويدع الباقي وهذا لا وجه له، وقال أصحابنا: لعل هذا القائل أراد إذا كان المشتري راضياً بالتفريق فأما دون رضاه فلا يكون ذلك بوجه.

مسألة: قال: ولو أصابها هدمٌ من السماءِ[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا عاب الشقص في يد المشتري قبل أن يأخذ الشفيع الشفعة نظر، فإن كان عيباً لم يذهب به شيء من الأعيان ولا انفصل به شيء من البناء مثل تشقق الحائط وميلانه وانكسار الجذوع فالشفيع بالخيار بين أن يأخذه معيباً بكل الثمن أو يتركه بلا خلاف، وإن كان ذلك بانتقاض بناءٍ وانفصال شيء منه نقل المزني أن الشفيع بالخيار بين أن

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٦٥).

يأخذه ناقصاً بكل الثمن أو يدع وهو منصوص في كتاب التفليس، وقال في القديم: الشفيع بالخيار بين أن يأخذ ما بقي بالحصة من الثمن أو يدع وهو رواية الربيع.

واختلف أصحابنا في هذه المسألة على خمسة طرق [٧٩/أ].

إحداها: أنه لا يدخل في الشفعة ما انفصل من البناء والشفيع بالخيار بين أن يأخذ ما عداه أو يدع فإذا أخذ بكم يأخذ؟ فيه قولان: **أحدهما**: يأخذه بكل الثمن لأنه استحقه به وقت العقد فلا يحطّ عنه النقصان كالمبيع إذا نقص في يد البائع قبل القبض لا يحطّ من الثمن شيئاً إذا اختار المشتري إنفاذ البيع، **والثاني**: يأخذه بالحصة وهو الصحيح لأنه أخذ ما تناوله العقد فوجب أن يأخذ بالحصة من الثمن كما لو باع شقصاً وسيفاً يأخذ الشقص ببعض الثمن لا بجميعه، ولا فرق على هذه الطريقة بين أن يكون النقص بفعل الآدمي أو بآفةٍ سماويةٍ ولا فائدة لتقييد المسألة بهدمٍ من السماء، ولا فرق بين أن يكون قد ذهب بعض العرصة أم لا.

والثانية المسألة على قول واحد أنه يأخذ بحصته من الثمن كما قال في القديم والذي نقل المزني لا يعرف للشافعي في شيء من كتبه، وقال أبو إسحاق: الذي قال في القديم والجديد: أنه يأخذ بالحصة وردّ على أهل العراق قولهم: إن انهدم بأمرٍ من السماء أخذه بجميع الثمن، وإن انهدم بفعل الآدميين أخذه بحصته من الثمن، ولعل المزني غلط من قول الشافعي إلى قول أهل العراق مثل ما غلط من قول الشافعي إلى قول مالكٍ فيمن حلف على غريم له ألا يفارقه حتى يستوفي حقه منه فأخذ منه بحقه عرضاً أنه إن كان ذلك بقيمة الحق أو أكثر لم يحنث، وإن كان بأقل حنث وهذا قول مالك وعلى هذا لا يأخذ النقض وهو اختيار أبي بكر الفارسي وقيل: تأويله ما نقل المزني إذا استهدم ولم يبن من الدار.

والثالثة المسألة على اختلاف حالين فالذي نقله المزني إذا انهدمت الدار وانتقض التأليف ولم يتلف من الأجزاء شيء فالشفيع يأخذ الكل بكل الثمن وهذا المنهدم [٧٩/ب] وإن صار منقولاً لا يمنع من الأخذ من الشفعة لأنه كان عند البيع متصلاً غير منقولٍ، وهذا كما لو اشترى داراً فانهدمت قبل القبض لم يخرج ما بان منها لأنه كان متصلاً بها وقت البيع والذي نقل الربيع أراد إذا تلف بعض الأجزاء والأعيان، والفرق أن الأعيان إذا كانت باقية لم يتلف شيء مما يقابله الثمن بل بغير التأليف وذلك لا يقابله الثمن فافترقا، وهذا اختيار ابن أبي هريرة وأكثر شيوخنا ببغداد وهذا لأن المزني ثقة في الرواية فلا ينبغي أن ترد روايته.

والرابعة المسألة على اختلاف حالين من وجهٍ آخر فالذي نقل المزني: إذا تلف البناء

والعرصة قائمة بحالها والذي نقل الربيع: إذا ذهب بعض العرصة بغرقٍ أو غيره لأن الآلات والبناء تابعة للعرصة في الشفعة وظاهر قول هذا القائل أن الأعيان المتفصلة لا تدخل في الشفعة وهذا غير صحيح لأن الثمن يقابل العرصة والأعيان، وإن كانت تابعةً ولأن الشافعي قال في القديم: ولو اشتراه عامراً فهدمه قيل له: وقعت الصفقة على شيئين وفات أحدهما: فيقسم الثمن على العرصة والبناء ويأخذ مما أصاب العرصة وهذا اللفظ لا يحتمل ما قاله هذا القائل.

والخامسة وهي على اختلاف الحالين من وجهٍ آخر فالذي نقل المزني: إذا كان الهلاك بأمرٍ سماوي والذي نقل الربيع: إذا كان الهلاك من الآدمي، والفرق أنه إذا حصل من الآدمي حصل للمشتري بدل بالضمان، وإذا حصل من السماء لم يحصل للمشتري بدل ذلك وهذا غير صحيح لأنه نص في القديم على أنه لا فرق بينهما وإنما هذا مذهب أبي حنيفة رحمه الله.

مسألة: قال: ولو قاسَمَ وبنى قيلَ للشفيع: إن شئتَ فخُذْ بالثَّمنِ وقيمةِ البناءِ اليومَ، أو دَعْ[1]. [٨٠/أ]

الفصل

وهذا كما قال: إذا اشترى شقصاً من قراز وثبت للشفيع ثم قاسم المشتري وبنى فيه قال الشافعي رحمة الله عليه: قيل للشفيع إن شئت فخذ الشقص بالثمن وقيمة البناء يوم تأخذه لأنه بنى وهو غير متعدٍ وقصد به الرد على أبي حنيفة حيث قال: ليس على الشفيع أن يغرم قيمة البناء ويجبر على قلعه، وبه قال الثوري والمزني وبقولنا قال النخعي ومالك وأحمد وإسحاق والأوزاعي واحتج المزني فقال: هذا الذي قاله الشافعي غلط كيف لا يكون متعدياً وقد بنى فيما للشفيع فيه شرك مشاع، ولولا أن الشفيع فيه شركاً ما كان شفيعاً وقال: لا يخلو من أن يكون قسم مع الشريك أو قسم بنفسه فإن قسم بنفسه دون الشريك فالقسمة فاسدة والبناء تعدٍ، وإن قسم مع الشريك ولم يطالبه بالشفعة فقد بطلت الشفعة وهذا الذي قاله غلط لأنا نقول: غلطت في قولك للشفيع فيه شرك لأن الشرك عبارة عن الملك في هذا الموضع والشفيع منفرد والملك للمشتري دون الشفيع وليس للشفيع في ذلك الملك شركة وإنما له سلطان السلب، بدليل أن المشتري لو باعه صح بيعه وملك ثمنه بالإجماع، فلو كان للشفيع فيه ملك أو شرك لما جاز ذلك فإذا بنى كان متصرفاً في ملكه فعليه أن يغرم ما نقص

(١) انظر الحاوي الكبير (٢٦٧/٧).

من قيمة البناء، ولأنه لو بنى المستعير في البقعة المستعارة بناءً ثم كلفه المعير قلع بنائه غرم ما نقص من قيمة البناء فالباني في ملك نفسه أولى بأن يكون له على الهادم قيمة بنائه، وأما قوله أن القسمة فاسدة قلنا: القسمة قد تصح مع بقاء الشفعة من خمسة أوجه:

أحدها: أن يكون الشفيع غائباً وقد وكل في مقاسمة شركائه وكيلاً يجوز للوكيل أن يقاسم المشتري لتوكيله في المقاسمة ولا يطالبه بالشفعة لأنه ليس بوكيل [٨٠/ب] فيه.

والثاني: أن يأتي المشتري الحاكم فيسأله المقاسمة عن الغائب فيجوز للحاكم ذلك إذا كان الشريك بعيد الغيبة وليس له أن يأخذ بالشفعة للغائب ويجعل الغائب على حقه من الشفعة إذا قدم وسجل به سجلاً.

والثالث: أن يذكر المشتري ثمناً موفوراً ثم يعفو أو يقاسم ثم تبين أن الثمن كان أقل فالقسمة صحيحة والشفعة ثابتة والشفيع غير متعدٍ ببنائه لأنه بالكذب متعدٍ في قوله لا في قسمته وبنائه.

والرابع: أن ينكر الشراء ويدعي الهبة فلا شفعة في الظاهر فقاسمه ثم علم الشراء.

والخامس: أن يكون الشفيع طفلاً فيمسك الولي عن طلب الشفعة ويقاسم المشتري ثم بلغ الطفل تكون له الشفعة مع صحة القسمة فبطل ما قاله المزني، فإن قيل: هذا يبطل بما ذكره الشافعي: لو اشترى أرضاً وبناها ثم استحقها رجل يجبر المشتري على نقض بنائه وكان بناؤه على غير وجه التعدي قلنا: البينة لما قامت على الاستحقاق انكشف لنا أن المشتري بناها وهي لغيره وأنه كان متعدياً في الباطن وليس كذلك في الشفعة فإنه لم ينكشف لنا أن المشتري بالبناء كان متعدياً على أنا نقول للمشتري: لك أن ترجع بما دخل في البناء من النقص على الغاصب فيزول الضرر عنه، فإذا تقرر هذا وطالب الشفيع بالشفعة لا يخلو المشتري من أحد أمرين إما أن يختار قلع ما أحدثه من البناء، أو لا فإن اختار القلع كان له وليس للشفيع منعه منه، وإذا فعل ذلك ليس عليه ما نقص بالقلع ولا تسوية الحفر التي هي مواضع القلع، فإذا فعل ذلك كان الشفيع بالخيار بين أن يأخذ بعد القلع بكل الثمن أو يدع فإن أخذ فلا كلام، وإن لم يأخذ بطلت شفعته.

وإن اختار المشتري الشفعة قلنا للشفيع: لك الخيار بين ثلاثة أشياء بين الترك وبين الأخذ بالقيمة [٨١/أ] وبين إجبار المشتري على القلع وإعطائه ما نقص بالقلع وهو ما بين قيمته قائماً في مكانه ومقلوعاً، ولو كان مكان البناء زرع قلنا للشفيع: خذ بالشفعة ويكون للمشتري الزرع فيه إلى حين الحصاد لأنه لا يتباقى ضرره ولا أجرة للشفيع.

وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: يلزم أجرة المثل إلى أوان الحصاد، ولو قال الشفيع: أنا أؤخر حتى إذا حصد الزرع أخذت إذ ذاك كان ذلك له ولا تسقط شفعته لأن له في التأخير غرضاً صحيحاً وهو بقاء الثمن عنده إلى حين الحصاد ينتفع به فإذا حصد أخذه.

فرع

لو اختلفا في البناء الموجود فقال الشفيع: كان قبل الشراء، وقال المشتري: أحدثته بعد الشراء فالقول قول المشتري.

فرع آخر

لو غرس فيها فالغراس كالبناء ويجوز أن يغرس المشتري من غير مقاسمة بأن تكون الأرض بين ثلاثة شركاء فاكترى أحدهم نصيب صاحبه واشترى نصيب الآخر ثم غرس المشتري ثم علم المكري بالشفعة.

فرع آخر

لو قال الشفيع: أنا آخذ من الشقص القدر الذي لا بناء فيه بكل الثمن لم يجز، لأنه متطوع بهبة لا يلزمه قبولها وملزم له شركة ربما استضر بها، وكذلك لو قال: أقرّ في الأرض البناء.

فرع آخر

لو تصرف المشتري قبل أن يعلم الشفيع بالشفعة تصرفاً حكمياً بأن باعه أو وهبه أو أصدق أو وقف أو رهن صح تصرفه بكل وجهٍ يتصرف في ملكه المطلق ولا يصح ذلك في حق الشفيع ثم لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون تصرفاً تجب به الشفعة، أو لا تجب به الشفعة، فإن كان مما تجب به الشفعة كالبيع والنكاح والإجارة والصلح أو كان المشتري امرأة فخالعت به كان الشفيع بالخيار بين أن يفسخ تصرف المشتري ويأخذ الشقص منه [٨١/ب] وبين أن يقرّه ويأخذ الشقص من الثاني لأن الشركة قائمة عند العقد بين معافان اختار نقض تصرف المشتري كان له ويأخذه منه، وإن اختار تنفيذ تصرفه وأن يأخذه من الثاني يكون العافي كأنه المالك الأول فيأخذه منه بالثمن الذي اشتراه هو، وإن كان صداقاً وأخذه بمهر المثل وعلى هذا، وإن كان تصرفاً لا تجب به الشفعة كالهبة والوقف والرهن كان للشفيع إبطاله والأخذ بالشفعة.

وقال القاضي الطبري: سمعت الماسرجسي يقول: في الوقف تبطل شفعته لأنها تجب

في المملوك وقد خرج هذا الشقص من أن يكون مملوكاً وهذا غير مشهور ولا يصح لأن الوقف من المريض يبطل لحق الغرماء وإن صادف ملكه كذلك ها هنا.

وقال مالك: إذا وهب المشتري يأخذ الشفيع من الموهوب له ويدفع الثمن إلى الموهوب له لا إلى المشتري وعندنا يدفع إلى المشتري لأن الهبة تبطل بأخذه ولو أوصى المشترى لآخر ومات فللشفيع أخذه بالشفعة ويبطل الوصية لأنه أوصى بشيء قد استحق عليه.

فرع آخر

لو ضمن الشفيع عن المشتري ثمن الشقص للبائع أو ضمن عن البائع درك المبيع للمشتري يصح الشراء والضمان وكان الشفيع على شفعته على ما ذكرنا خلافاً لأبي حنيفة، وعلى هذا إذا ضمن الثمن فطالبه البائع فغرمه ثم أخذ الشفعة، فإن كان ضمن الثمن بأمر المشتري فقد برئ الشفيع مما استحقه المشتري عليه من الثمن لأنه تطوع يغرمه للبائع ويحكم عليه بدفعه ثانياً إلى المشتري.

مسألة: قال: ولو كانَ الشَّقصُ في النَّخلِ فزادَتْ كانَ لهُ أخذُها[١].

الفصل

وهذا كما قال: الأشياء في الشفعة على ثلاثة أضرب منها ما تجب فيه الشفعة متبوعاً وهو العراض والبراح التي لا أصل فيها من بناء ولا غيره، ومنه ما لا تجب فيه الشفعة لا تابعاً ولا متبوعاً وهو المنقول كالطعام والمتاع ونحو [٨٢/أ] ذلك، وقال عطاء: تثبت الشفعة في كل مشترك من جميع الأموال وبه قال مالك في رواية، وروي عنه أنه قال: تثبت في السفن خاصةً، وروي عنه أنه قال: تجب الشفعة في البناء المفرد والغرس وفي الثمار وفي المقاشي والمباطح لاتصاله بعراض الأرض المستحق فيها الشفعة واحتجوا بما روى ابن أبي مليكة عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «الشريك شفيع والشفعة في كل شيء»[٢] وهذا غلط لقوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[٣] وهذا لا يتناول المنقول، وأما خبرهم مرسل غير مشهور ولا يصح مرفوعاً وما

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٦٩).

(٢) أخرجه الترمذي في الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء أن الشريك شفيع (١٣٧١).

(٣) تقدم تخريجه.

روينا أصح وأشهر.

قالوا: الشفعة لضرر القسمة ويوجد ذلك في الكل قلنا: الضرر المخصوص لا يوجد ها هنا وهو المؤونة في إفراز المرفق عند القسمة ولا يتأبد ضرره فلا يقاس على غير المنقول. ومنها ما يجب فيه الشفعة تابعاً ولا يجب متبوعاً وهو كل ما كان في الأرض من بناءٍ وأصلٍ كالشجر فإذا بيعت أرض فيها نخيل ثبت للشفيع فيها الشفعة ويكون النخيل تابعةً للشقص في الشفعة لاتصالها بها، ألا ترى أنها تدخل في بيع الشقص من غير تسمية، وإن كانت عليها ثمرة مؤبَّرة تكون الثمرة للمشتري بالشرط ولا يأخذها الشفيع بالشفعة.

وقال أبو حنيفة ومالك: تثبت الشفعة فيها مع أصولها لأنها متصلة بما فيه الشفعة وهكذا الخلاف في الزرع مع الأرض إذا شرط في البيع وهذا غلط لأنها لا تدخل في البيع إلا بالاشتراط فكانت منفردةً في الحكم بنفسها غير تابعة للأرض كالفدان والثيران، فإذا تقرر هذا يأخذ الشفيع الأرض مع النخيل بحصتها من الثمن ويترك الثمرة للمشتري بما يقابلها من الثمن، ولو كان الشفيع غائباً فعاد من سفره وكانت النخيل زادت وكبرت واستغلت يأخذها بزيادتها لأن هذه الزيادة غير متميزة فكانت تابعة [٨٢/ب] لها.

فرع

لو بيع النخل مع قرارها من الأرض مفردةً عما يتخللها من بياض الأرض ففي وجوب الشفعة فيها وجهان، وكذلك إذا باع البناء مع قراره من الأرض دون البياض فهل تثبت الشفعة على هذين الوجهين؟ **أحدهما**: فيها الشفعة لأنها فرع لأصلٍ ثابتٍ وعلى الشريك فيها من جهة شريكه سوء المشاركة ومؤونة مقاسمةٍ، قال الإمام أبو محمد الجويني رحمه الله: هذا هو المذهب المشهور وقال: ولو كان البيع في الفسيل المنقول لم تثبت فيه الشفعة لأن العادة نقله من مكان إلى مكان الغراس، **والوجه الثاني**: لا شفعة فيها لأن قرار النخل تبعٌ لها فلما لم تجب الشفعة فيها مفردةً لم تجب فيها وفي تبعها وهذا هو المشهور عند أهل العراق.

فرع آخر

لو باع الأرض والنخيل ثم لم يأخذ الشفعة حتى أثمرت غير مؤبرة ففي استحقاق الشفيع لها قولان قال في القديم: يأخذها كما يدخل في البيع تبعاً، وقال في الجديد: لا يستحقها وقد ذكرنا هذا في كتاب البيع، ولو كان وقت البيع عليها ثمرة غير مؤبرة دخلت في البيع تبعاً ويأخذها الشفيع فإن تأبَّرت عند الأخذ بالشفعة فيه وجهان **أحدهما**: لا حق فيها

للشفيع لتميزها عما يكون تبعاً فعلى هذا يأخذ الشفيع الشقص من النخل بحصته من الثمن، **والثاني**: يأخذها مع الشقص لأن ما كان تبعاً وقت العقد لاتصاله لم يسقط حق الشفيع منه بانفصاله، وقال أبو حنيفة: إن جُدَّت فلا حق له فيها لانفصالها، وإن كانت على نخلها أخذها بشفعته مؤبرة وغير مؤبرة وهذا غلط لما ذكرنا، ولو بيع الأرض دون النخل ففيها الشفعة بلا خلاف، ولو أفرد النخيل دون قرارها بالبيع لا شفعة فيها بلا خلاف.

فرع آخر

قال ابن سريج: والدولاب والميزاب والناعورة أصل كالبناء [٨٣/أ] وأما الدواليب المرسلة والذرموق وهو جذع الدالية، والباطئة وهي التي كالجفنة من القصب المقيَّرة والمعلقة في رأس جذع الدالية لا شفعة فيها، وإن بيعت مع الأرض لأنها كالغلمان يعملون في الضيعة فيشتري الأرض والغلمان معها فالشفعة فيها دون الغلمان.

مسألة: قال: ولا شفعةَ في بئرٍ لا بياضَ لَها(١).

الفصل

وهذا كما قال: إذا كانت بئر لرجلين فباع **أحدهما**: نصيبه، فإن كانت البئر لها بياض وهي الأرض التي حولها والموضع الذي تجيء الماشية إليه إذا شربت ليرد غيرها وهو الذي يسمى العطن والبئر لا تستغني عنه ويكون قيمة البياض مثل قيمة البئر إذا أفرد كل واحدٍ منهما عن الآخر فهذا محتمل القسمة بأن يأخذ أحدهما: البئر والآخر البياض، فإذا باع أحدهما: نصيبه من البئر والبياض كان لشريكه فيه الشفعة، وكذلك إذا كانت بئراً واسعة جافة لا ماء فيها تثبت الشفعة فيها لأن قسمتها جائزة، وإن كان فيها ماء ولم يكن لها بياض نظر، فإن كانت واسعة لها عينان ويمكن أن يجعل بئرين ويجعل بينهما حاجزاً مثل الجزيرة كآبار البادية فهذه أيضاً تحتمل القسمة فتثبت فيها الشفعة، وإن كان فيها عين واحدة أو كانت بئراً فسّيقةً مثل الآبار المعهودة لا يجبر واحد منهما على قسمتها، فإذا باع أحد الشريكين نصيبه منها لم يكن لشريكه فيه الشفعة وقيل: قوله: لا بياض لها أي: لا مزرعة لها فإنه إذا لم يكن لها مزارع لا تحتمل القسمة غالباً.

وأما الرحى، فإن كانت حجرين فإن قسمتها ممكنة فتثبت فيها الشفعة، وإن كانت حجراً واحداً إلا أنه لما بينا لا يستغني عنه الرحى يجعل فيه الطعام وترد البهائم التي تعمل

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٧١).

في الرحى إليه وقيمتها واحدة فإن قيمتها ممكنة بأن يجعل لواحدٍ فهذه [٨٣/ب] تثبت فيها الشفعة، وإن لم يكن لها بيت لم تثبت فيها الشفعة. وأما الحمام إن كان في بيوت واسعة يمكن قسمتها ويجعل حمامين وجبت الشفعة في نصيب أحدهما، وإن كان ضيقاً لا يحتمل القسمة فلا شفعة وبه قال ربيعة ومالك في رواية، وروي ذلك عن عثمان رضي الله عنه، وقال الثوري وأبو حنيفة: تثبت الشفعة في البئر والرحى والحمام، وإن كانت لا تحتمل القسمة وهو اختيار ابن سريج ولهذا القول وجه، وإن كان خلاف مذهب الشافعي وهو المشهور عن مالك وهذا لأن الشفعة لأجل الضرر بالمشاركة والضرر في هذه الأشياء أكثر لأنه يتأبد ضرره والفتوى على هذا اليوم ووجه قولنا: لا شفعة فيها أن إثبات الشفعة فيها يضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة ويمتنع المشتري من الشراء خوفاً من الشفيع فلا شفعة لهذا المعنى.

وقد روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: «لا شفعة في بئر ولا فحل والأرفُ يقطع كل شفعة»[(١)] وأراد بالفحل فحل النخل، وأراد إذا كان للقوم نخيل في حائط توارثوها واقتسموها ولهم فحل نخل في أرض الغير يلقحون منه نخيلهم فباع أحدهم نصيبه المقسوم من ذلك الحائط لحقوقه من الفحل وغيره فلا شفعة للشركاء في الفحل، لأنه لا يقسم أيضاً كالبئر سواء والأرفُ المعالم والحدود بين المواضع المقسومة واحدها أرفة ويقال: أرثة بالثاء.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة ولا ركح ولا رهوة»[(٢)] والفناء الساحة المتصلة بدور القوم فلا شفعة فيه لأنه لا ينقسم والمنقبة، قال أبو عبيد: الطريق الضيق بين الدارين أو بين الدور والنقب الطريق الضيق بين الجبلين، والركح ناحية البيت من ورائه وما كان فضاء لا بناء فيه يعني إذا كان للسائلة والمارة أو لأنه مرفق الدار تابع [٨٤/أ] لها فلا شفعة فيه بانفراده، والرهوة الجوبة يكون في محلة القوم يسيل فيها ماء المطر وغيره، وقال ابن أبي أحمد: وفي الرحى والحمام قولان قالهما ابن سريج تخريجاً.

وقال القفال: اختلف أصحابنا في حد ما يحتمل القسمة فمنهم من قال: حده أن يمكن الانتفاع بكل شقص منه بعد القسمة على الوجه الذي كان ينتفع به من قبل فعلى هذا لا شفعة في الرحى والحمام على ما ذكرنا ومنهم من قال: حده أن يمكن الانتفاع به لأنه

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٦/ ١٠٥).

(٢) ذكره القرطبي في «تفسيره» (١٦/ ١٣٧).

يمكن الانتفاع ببعض بيوته وساحته من وجهٍ آخر قال: والعبارة الصحيحة عنه أنه إذا كان بحيث لو دعا الدخيل إلى القسمة أجبر عليه الشريك فللشريك فيه الشفعة لأنه يأمن بها من مؤونة المقاسمة، وإن كان لا يجبر عليه الشريك فلا شفعة له حتى لو كانت داراً واسعة غير أن لأحدهما: جزءاً من ألف جزء أو مائة جزءٍ فباع ذلك فلا شفعة فيه للآخرين لأن مشتري هذا الجزء لو دعا إلى القسمة لم يجب إليها جبراً، وإن بيع نصف الدار أو ثلثها تثبت الشفعة وهذا غريب، وقال جماعة أصحابنا بالعراق: حده ما لا ينقص قيمته بالقسمة وقيل: هو ما ينتفع به بعد القسمة وهو ظاهر المذهب وأراد به المنفعة التي كانت.

فرع

لو كان السقف لأرباب العلو فباع أحدهم نصيبه فيه وجهان **أحدهما**: وهو الأصح لا شفعة فيه لأنه لا يتبع أرضاً، **والثاني**: فيه الشفعة لأن السقف كالعرصة وقد قال الشافعي في كتاب الصلح: السقف أرض لصاحب العلو ولأنه إذا جاز **أحدهما**: حصته من البناء والسقف أمكن سكناه كالأرض.

فرع آخر

إذا كانت أرضاً واسعةً يختص الرحى بموضعِ منها كأرجاء البصرة في أنهارها فإطلاق بيع الأرض هل يوجب دخول الرحى؟ فيه ثلاثة أوجه **أحدها**: تدخل علواً وسفلاً فعلى هذا تجب الشفعة فيه تبعاً للأرض كالبناء، **والثاني**: لا تدخل أصلاً فعلى هذا لا شرط فيه وإن شرط في البيع [٨٤/ ب] كالزرع ويأخذ الأرض بحصتها من الثمن، **والثالث**: يدخل السفل دون العلو فتجب الشفعة في السفل دون العلو، وأما بيت الرحى فداخل فيه والشفعة فيه واجبة كسائر الأبنية.

فرع آخر

إذا بيع الأرض هل يدخل فيه الدولاب تبعاً؟ فيه ثلاثة أوجه **أحدها**: يدخل كالبناء فيدخل في الشفعة، **والثاني**: لا يدخل فلا شفعة، **والثالث**: إن كان كبيراً لا يمكن نقله يدخل فتجب فيه الشفعة، وإن كان صغيراً يمكن نقله ليدخل في البيع ولا شفعة وقد ذكرنا ما قال ابن سريج.

فرع آخر

المعدن إذا كان جارياً كمعادن النفط فحكمه حكم البئر، فإن كان ضيقاً لا يصير ما

قسم معدناً لا شفعة فيه، وإن كان واسعاً، فإن كان ينبوعه في أحد جوانبه لا شفعة، وإن كان ينبوعه في جميع جوانبه ففيه الشفعة.

فرع آخر

إذا أثبتنا الشفعة فيه، فإن كان ما ينبع منه يجتمع فيه ولا يخرج منه فهل يكون ما اجتمع منه وقت العقد داخلاً في البيع ومأخوذاً بالشفعة؟ وجهان **أحدهما**: يدخل كاللبن في الضرع ويؤخذ في الشفعة لأنه تبع لما فيه الشفعة، **والثاني**: لا يدخل في البيع كالثمرة المؤبرة ولا تجب فيه الشفعة وإن شرط في البيع، وإن كان ما ينبع جارياً لا يجتمع فيه قال أبو إسحاق: لا يملك إلا بالإجارة، وإذا خرج من معدنه لم يمنع منه الناس، وقال ابن أبي هريرة: في المعدن مملوك قبل إجارته وله منع الناس منه إذا خرج عن معدنه فعلى هذا هل يكون داخلاً في البيع إذا كان ظاهراً وقت العقد؟ على ما ذكرنا من الوجهين.

فرع آخر

لو كان المعدن جامداً كمعادن الصفّر يدخل في البيع ثم ينظر، فإن كان قسمته ممكنة وتصير كل حصة منه إذا قسمت معدناً ففيه الشفعة، وإن لم يكن كذلك فلا شفعة.

مسألة: قال: فأما الطريقُ التي لا تُملَكُ فلا شفعَة فيها ولا بها[1].

وهذا كما قال: أراد به الشوارع لا شفعة فيها [٨٥/أ]، وإن كانت طريقاً إلى الدار المبيعة لأنها غير مملوكة وقوله ولأنها قصد به الرد على أبي حنيفة حيث قال: تثبت الشفعة بالطريق إذا كانت غير نافذة وعندنا لا تثبت به الشفعة في الدار المقسومة بحالٍ، وإن كان الطريق مملوكاً فكيف إذا كان غير مملوك؟.

فرع

لو كانت عرصة يحيط بها دور وهي مشتركة بين أرباب الدار فهذه مملوكة وبيع كل واحدٍ منهم لحصته جائز، فإذا باع أحدهم داره مع حصته من العرصة قال مالك وابن سريج: تجب الشفعة في الدار المحوزة وفي حصتها من العرصة للاشتراك في العرصة، وعند الشافعي لا شفعة في الدار لإجارتها وينظر في العرصة، فإن كانت ضيقة لا تحتمل القسمة لا شفعة، وإن كانت واسعة تحتمل القسمة، فإن كان للدار من غير العرصة طريق تجب الشفعة، وكذلك إن كان للمشتري دار يفتح بابها إليها أو يمكن فتحه إلى شارعٍ تجب الشفعة

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٧٣).

ويأخذ مقدار حقه من الزقاق بما يحصه من الثمن، وإن لم يكن طريق من غير العرصة لا تثبت فيها الشفعة في ظاهر مذهب الشافعي لأن الشفعة تجب لإزالة الضرر وها هنا يؤدي إلى الضرر بالمشتري لأنه يبقي ملكه محبوساً بلا طريق وهذا الضرر أعظم من ضرر الشفيع ولا يزال الضرر بالضرر.

ومن أصحابنا من قال: فيه ثلاثة أوجه **أحدها**: هذا، **والثاني**: وهو اختيار ابن أبي هريرة تجب فيها الشفعة ويبطل استطراق المشتري فيها لأنه دخل على علم تضرره وهذا لا يصح لأنه لو علم هذا لم يرغب في الشراء بحالٍ، **والثالث**: تجب الشفعة وحق الاستطراق ثابت فيها بغير ملك ليزول الضرر عنهما، وعلى هذا الوجه لو باع داراً ليس لها طريق كان البيع باطلاً وعلى قول ابن أبي هريرة يجوز وهذا ضعيف أيضاً لأنه يستحيل أن ينتقل الملك إلى الشفيع [٨٥/ب] ويستحق عليه الاستطراق وإذا استحق ذلك لا يحصل مقصوده بالأخذ بالشفعة، وقال القاضي الطبري: لو قال الشفيع: أنا آخذه وأقر له حق التطرق فيه كان ذلك له بشرط أن يكون حق التطرق لازماً لا يجوز له الرجوع فيه.

فرع آخر

إذا قلنا بالوجه الثالث: فأخذ الحصة من العرصة بالشفعة واستحق المشتري الاستطراق إلى داره في العرصة نظر في أخذ الحصة، فإن أخذها جميع الشركاء في العرصة فله حق الاستطراق على جميعهم حتى لو اقتسموا كان له أن يستطرق حصة من شاء منهم، وإن أخذ الحصة أحدهم فيه وجهان **أحدهما**: أنه يستحق الاستطراق في حصة الأخذ منه بالشفعة دون غيره من الشركاء حتى لو اقتسموا لم يكن له استطراق حصة غيره لأن طريق الدار في حصته، **والثاني**: يستحق الاستطراق على جميعهم لأن حقه منفعة شائعة في جميع العرصة فلم تصح إجازتها بالقسمة.

فرع آخر

لو اتسعت العرصة عن استطراق الشركاء لو اقتسموا وكان نصفها لو اقتسموه كافياً لاستطراقهم فالشفعة في الفاضل عن استطراقهم واجبة وجهاً واحداً ولا يملك المشتري فيه استطراقاً وفي وجوبها على المستطرق ثلاثة أوجه على ما ذكرنا، واعلم أن الشافعي قال ها هنا: وأما عرصة الدار تكون محتملة للقسم وللقوم طريق إلى منازلهم فإذا بيع منها شيء ففيه الشفعة وصورة هذه العرصة أن تكون الأرض الفضاء المملوكة للشركاء فلما اقتسموها لبناء المنازل تركوا في وسطها عرصة تكون لهم سكة واسعة كالرحبة يتطرقون منها إلى منازلهم، فإن كانت هذه الرحبة بحيث يحتمل القسمة فباع بعضهم حصته منها تثبت الشفعة للشركاء في

الحصة المبيعة لأنها حصة شائعة في عقارٍ مملوكٍ محتمل للقسمة، وإن كانت هذه العرصة [٨٦/أ] متضايقة بحيث لا تحتمل القسمة فباع بعضهم حصته فلا شفعة وبيان العرصة التي تحتمل القسمة والتي لا تحتملها هي أن تكون بحيث لو قسمت بقي للقوم طريق إلى منازلهم ولفظ الشافعي ها هنا مشكل لأنه قال: تكون محتملة للقسم وللقوم طريق إلى منازلهم ومعناه بعد القسم طريق إلى منازلهم والواو واو الحال، ولو كان يريد صفتها قبل القسم لكان يقول: وللقوم طريقاً إلى منازلهم خبراً لقوله: تكون محتملةً للقسم.

مسألة: قال: ولولي اليتيمِ وأبي الصَّبيِّ أن يَأخُذا بالشفعةِ[1]

الفصل

وهذا كما قال: إذا ثبتت الشفعة للصبي وهو في حجر الأب أو الجد أو الوصي أو القيّم من جهة الحاكم فإن لمن يليه أن يأخذ الشفعة له ثم لا يخلو إما أن يكون الحظ في الأخذ أو في الترك، فإن كان في الأخذ فعليه الأخذ وإذا أخذه ملكه المولى عليه فإن عفا فقد فعل ما لا يجوز له فعله ولا يصح العفو وللصبي الأخذ بالشفعة إذا بلغ وهل يكون على الفور مع الإمكان أو على التراخي؟ على ما بيناه وبه قال محمد وزفر.

وقال أبو حنيفة: يصح عفوه ولا يثبت له بعد البلوغ لأن من ملك الأخذ ملك العفو وهذا غلط لأنه إسقاط حق للمولى عليه لا حظ له فيه فلم يصح كالإبراء وإسقاط الرد بالعيب، وقال ابن أبي ليلى: لا يجوز للوليّ أن يأخذ الشفعة لليتيم أصلاً لأنها موقوفة على شهوات النفوس لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ ولا ينتظر لأن فيه إضراراً بالمشتري فبطلت، وقال الأوزاعي: تثبت الشفعة وليس للولي أن يأخذها بل يتأخر إلى البلوغ وهذا غلط لأنه خيارٌ ثبت لدفع الضرر عن المال فملكه الولي في حق الصبي كخيار الرد بالعيب وليس كالعفو لأنه إسقاط وهذا توفير فهو كما يملك استيفاء الدين ولا يملك الإبراء عنه [٨٦/ب].

واحتج الأوزاعي بالقصاص لا يستوفيه الولي ويؤخر استيفاؤه إلى ما بعد البلوغ، قلنا: المقصود من القصاص التشفي ودرك الغيظ ولا تدخل فيه النيابة وها هنا الغرض إزالة الضرر عن المال وتدخله النيابة فافترقا، ولو أخذ الشفعة له ثم بلغ فأراد الرد ليسترد الثمن ليس له ذلك، وإن كان الشقص عند البلوغ متراجع القيمة لأن الاعتبار بساعة الأخذ وكانت المصلحة في أخذه بالشفعة، وإن كان الحظ في الترك لا يجوز له الأخذ، فإن خالف وأخذ

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/٢٧٦).

كان الأخذ باطلاً لا يملكه المولى عليه ولا الولي أيضاً لأنها تستحق بالشركة الموجودة حين البيع ولا شركة له بخلاف ما لو اشترى شيئاً للصبي لا غبطة له فيه يلزم الولي الشراء، وإن عفا الولي ها هنا وتركها هل يسقط بعفوه حتى إذا بلغ ليس له الأخذ المذهب أنه يسقط.

وحكى أبو إسحاق عن بعض أصحابنا أنه قال: لا يصح عفوه وللصبي الأخذ بالشفعة إذا بلغ لأنه ملك الآن ووجود معتبر في أخذ الولي لا في أخذ المالك وهذا غلط لأن أخذه صحيح عند الغبطة فعفوه صحيح عند الغبطة كالرد بالعيب والرضا به، وقيل: فيه قولان ذكره الربيع وغيره وهذا الثاني اختيار أبي إسحاق وبه قال زفر ومحمد وهذا غير مشهور وقد روى جابر أن النبي ﷺ قال: «الصبي على شفعته حتى يدرك فإن أدرك فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك»[1].

فرع

لو استوى الحظ في الأخذ والترك ففي أخذ الولي ثلاثة أوجهٍ **أحدها**: لا يأخذ الشفعة ما لم يظهر له الحظ في أخذها، **والثاني**: يلزمه أخذها لأن الأخذ حظ ما لم يظهر ضرر، **والثالث**: أنه مخير بين أخذها وتركها لاستواء الحالين، فإذا قلنا: ليس له الأخذ فإذا بلغ هل له الأخذ وجهان.

فرع آخر

لو كان لجماعة أيتام [٨٧/أ] وصي واحد فباع لأحدهم شقصاً في شركة أحدهم كان له أخذه بالشفعة للآخر.

فرع آخر

لو كان حق الشفعة للوصي فيما باع لليتيم قال ابن الحداد: لا شفعة له لأنه متَّهم في نقصان ثمنه، فإن رفعه إلى الحاكم فباعه كان له الشفعة لأن التهمة قد زالت، ومن أصحابنا من قال: له الشفعة لأن الشفعة يستحقها على المشتري بعد صحة البيع حكاه ابن القفال في «التهذيب» ولو باع الأب أو الجدّ وله الشفعة كان له الأخذ بالشفعة لأنهما غير متهمين فيه.

فرع آخر

لو اشترى الوصيّ لليتيم شقصاً وله فيه الشفعة ليس له أخذه بالشفعة لأنه يوجب بذلك

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٣٧١) (٦/١٠٨).

العهدة على اليتيم إن استحق ذلك، وفيه وجه آخر له أخذه بالشفعة لأنه لا تهمة فيه.

فرع آخر

لو كانت دار بين رجلين نصفين فوكَّل **أحدهما**: الآخر ببيع نصفها الربع من نصيبه والربع من نصيب شريكه فباعه فللموكل أن يأخذ ربع شريكه بالشفعة. وهل للوكيل أن يأخذ ربع الموكل؟ الوجهان كما ذكرنا في الوصي قال ابن الحداد: لا شفعة للوكيل لمكان التهمة والوجه الثاني له الشفعة وهو اختيار ابن سريج، ومن أصحابنا من فرق بين الوكيل والوصي فقال: الوكيل ينوب عن حيّ جائز التصرف يقدر على استدراك ظلامته إن جر نفعاً إلى نفسه بخلاف الوصي في حق اليتيم.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو وكله بشراء شقصٍ فاشتراه الوكيل كانت له الشفعة ووافقه سائر أصحابنا، وقال أبو حنيفة: لا شفعة له بخلاف وكيل البائع وهذا بناء على أصله إن الملك ينتقل إلى ملك وكيل المشتري أولاً ثم ينتقل إلى الموكل وعندنا الفرق بينهما أن في الشراء لا تهمة لأن له أن يشتريه بأرخص ما يكون بخلاف البيع.

فرع آخر

لو خلف حملاً وشقصاً من دارٍ وأوصى إلى رجل بالقيام [٨٧/ب] في تركته والنظر لحمله فبيع الشقص من الدار في شركة الحمل ليس له أن يأخذ بالشفعة للحمل ما لم يضع لأنه لا يُدرى أحملٌ هو أو ريح، وإن كان حملاً لا يُدرى أحيّ أم ميت ذكراً أو أنثى، فيأخذ من التركة ما يحصه فإذا وضعته له الأخذ الآن ولا يسقط بالتأخير لأنه معذور.

فرع آخر

لو حجر على الحر بفلس فبيع في شركته ما تجب فيه الشفعة كان العفو والأخذ إليه ولا اعتراض للغرماء عليه لأنه تصرف في الذمة والتصرف في الذمة لا يدخل تحت الحجر.

فرع آخر

المكاتب يأخذ بالشفعة ولا اعتراض لسيده عليه إذا كان له فيه غبطة.

فرع آخر

لو اشترى المأذون نصف دارٍ ثم بيع باقيها في شركته كان له الأخذ بالشفعة، لأنه لما جاز له أن يشتريها ابتداء جاز له أخذها بالشفعة، فإن عفا عنها فلسيده إبطال عفوه وإن عفا السيد سقطت الشفعة وليس للمأذون الاعتراض عليه.

فرع آخر

لو كانت دار بين ثلاثة للواحد الربع، وللآخر الربع، وللثالث النصف فقارض صاحب الربع صاحب الربع الآخر على ألفٍ فاشترى المقابض من صاحب النصف نصف ما في يديه من مال القراض قال ابن سريج: لا شفعة في هذا المبيع لا للعامل ولا لرب المال لأنه اشترى لمال القراض وإن باع صاحب النصف ما بقي له منها وهو الربع من أجنبي كان المبيع مستحقاً بالشفعة أثلاثاً ثلثه للعامل بربعه، وثلثه لرب المال بربعه وثلثه لمال القراض بربعه لأن مال القراض بمنزلة شريك ثالث فيفرد له ثلث الشفعة.

فرع آخر

لو دفع إليه ألفاً قراضاً فاشترى به شقصاً يساوي ألفاً وكان رب المال هو الشفيع هل له أخذه بالشفعة أم لا؟ قال ابن سريج: فيه ثلاثة أقوال وأراد [٨٨/أ] ثلاثة أوجه:

أحدها: يأخذه من العامل برمته لا بالشفعة لأنه ملكه ولا فضل في المال يأخذه ويفسخ القراض.

والثاني: يأخذه بالشفعة وليس له أخذه بغير الشفعة لأن رب المال لا يملك أخذ مال القراض من يد العامل إلا ناضاً فيأخذه بالشفعة ها هنا ويدفع إليه ألفاً وقد نضَّ مال القراض، فإن شاء أقره قراضاً بحاله وإن شاء قبضه وفسخ القراض.

والثالث: ليس له أخذه بحالٍ لا بالشفعة ولا بحق القراض فعلى هذا إن باعه العامل من أجنبي هل لرب المال أخذه من الأجنبي بالشفعة؟ وجهان هذا إذا كان الشفيع رب المال، وإن كان العامل هو الشفيع وهو أن يشتري شقصاً في شركة نفسين نظر، فإن لم يكن في المال ربحٌ كان له أخذه بالشفعة لأنه وكيل المشتري له، فإن كان في المال ربحٌ فهي مبنية على القولين متى يملك حصته من الربح فإن قلنا: لا يملك بالظهور أخذ الكل بالشفعة ورد الفضل في مال القراض وإن قلنا: يملك بالظهور أخذ أصل المال وحصة رب المال من الربح بالشفعة، وأما حصة نفسه قال ابن سريج: فيها ثلاثة أوجهٍ التي ذكرناها إذا كان رب المال هو الشفيع.

مسألة: قال: وإن اشترى شَقصاً على أَنَّهُمَا جميعاً بالخيارِ[١].

الفصل

وهذا كما قال: وقت وجوب الشفعة حين ينتقل ملك الشقص من مالكه إلى من ملكه منه بالعوض الذي ذكرناه فإذا اشترى شقصاً تثبت فيه الشفعة واشترط خيار الثلاث لا يخلو إما أن يشترط لهما أو للبائع دون المشتري أو المشتري دون البائع، فإن اشترط لهما أو للبائع وحده فالشفعة لا تثبت للشريك حتى تنقضي مدة الخيار أو يجبر البائع البيع لأن أخذ الشفيع بالشفعة يسقط حق البائع من الخيار ولا سبيل له إلى إسقاطه، وإن كان الخيار للمشتري دون البائع فللشافعي في ملك المبيع [٨٨/ب] في مدة الخيار أقوال فإن قلنا: الملك للبائع أو موقوف فلا شفعة له، وإن قلنا: الملك للمشتري هل للشفيع أن يأخذ منه بالشفعة؟

روى المزني عن الشافعي أن له الشفعة ونصَّ عليه في «الأم» لأن نفس الملك أقوى من حق الملك وللشفيع انتزاع نفس ملكه فكان له انتزاع حق ملكه وهذا اختيار المزني وهو قول أبي حنيفة، ونقل الربيع قولاً آخر أنه لا شفعة فيه حتى يتم البيع برضاه أو تمضي أيام الخيار، قال أبو إسحاق: ولعل هذا أصح القولين وهو اختيار القفال وبه قال مالك وأحمد فيكون أمر الشفعة موقوفاً فإن اختار إنفاذ البيع أو انقضت أيام الخيار فالشفعة واجبة، وإن رده لم يكن فيه شفعة ولم يكن للشفيع أن يلزم المشتري ما لم يلزم المشتري نفسه وهذا لأنه إنما شرط الخيار لنفسه لينظر هل الحظ له في إتمام البيع وضمان العهدة للشفيع، أو في إبطاله وتركه فإذا جعلنا للشفيع أخذه بالشفعة بطل هذا الغرض له قال أبو إسحاق: ويخالف هذا الرد بالعيب لأن غرض المشتري من الرد استدراك الظُّلامة، ألا ترى أنه لو ارتفع العيب بطل الرد فإذا أعطاه الشفيع ما وزن من الثمن فقد زالت الظلامة عنه فلا غرض له في رده فيصير كأن العيب قد ارتفع.

فرع

لو قال المشتري: اشتريته بشرط الخيار، وقال الشفيع: من غير شرط الخيار، قال أبو حامد في «الجامع»: القول قول المشتري مع يمينه.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٧٧).

فرع آخر

لو ادعى البائع اشتراط خيار الثلاث وأنكره المشتري والشفيع قال أبو حنيفة وأبو يوسف: القول قول البائع ولا شفعة.

وقال محمد: القول قول المشتري وفيه الشفعة، وعندنا يتحالفان فإذا تحالفا ففي بطلان البيع وجهان، فإن قلنا: بطل البيع لا شفعة وإن قلنا: لا يبطل إلا بفسخ الحاكم قيل للمشتري: أنت بالخيار بين إمضاء البيع بخيار ثلاثة أيامٍ للبائع، وبين فسخه وخياره هذا على الفور [٨٩/أ] لأنه خيار حكم فإن اختار المشتري فسخَه بطل البيع ولا شفعة وليس للشفيع أن يجبر المشتري على إمضاء البيع بخيار الثلاث لأنه إجبار على التزام عقدٍ، وإن اختار المشتري إمضاء البيع بخيار الثلاث للبائع ثبت للبائع خيار الثلاث فإن اختار فيها فسخ البيع انفسخ ولا شفعة، وإن تم البيع استحق الشفعة.

فرع آخر

إذا شرط الخيار لهما وتم البيع له الشفعة على ما ذكرنا وبماذا يصير مالكاً لها ثلاثة أقوالٍ ولو انفسخ البيع بينهما إما بفسخ البائع وحده، أو بفسخ المشتري وحده لا شفعة وهل بطلت بعد أن وجبت لو لم يكن وجبت على الأقاويل الثلاثة.

فرع آخر

إذا ثبت الخيار في الشقص الذي يملك به الشفعة، فإن كان خيار عيب لا يمنع الشفعة لبقائه على ملك مشتريه ما لم يرده، وإن كان بخيار الرؤية لم يملك به الشفعة سواء قلنا بصحة البيع أو فساده لأنه لم يستقر ملكه وإن صح، وأما البائع فإن قلنا: يبطلان البيع يملك به الشفعة، وإن قلنا بصحة البيع هل يملك به البائع الشفعة؟ وجهان مبنيان على اختلاف أصحابنا في لزوم البيع في خيار الرؤية قبل وجود الرؤية، وأما خيار المجلس فلا يملك البائع فيه شفعةً بالشقص الذي في مجلس بيعه وخياره سواء قلنا: ملكه انتقل إلى المشتري بالعقد أو قلنا: لا ينتقل إلا بانقضاء الخيار لأنا إن قلنا بزوال ملكه لا شفعة له بما زال ملكه عنه، وإن قلنا ببقاء ملكه فبيعه رضاً منه بإسقاط شفعته.

وأما المشتري فإن فسخ العقد فلا شفعة له بما لم يستقر ملكه عليه وإن تم له البيع.

فإن قلنا: إنه لا ينتقل إليه الملك إلا بانقضاء الخيار فلا شفعة له لأنه كان غير مالك.

وإن قلنا: ينتقل الملك إليه بالعقد أو قلنا مراعًى ففي استحقاق الشفعة به وجهان: **أحدهما**: له الشفعة لدخوله في ملكه. **والثاني**: لا شفعة له به لأن ملكه غير مستقر لا يجوز

أن يعاوض [٨٩/ب] عليه فلم يجز أن يملك به، وأما خيار الثلاث فإن كان لهما فحكمه حكم خيار المجلس وكذا إن كان الخيار للمشتري وحده، وإن كان الخيار للبائع وحده فيه ثلاثة أوجهٍ: **أحدها**: لا شفعة لواحد منهما أما البائع فلِما في بيعه من الرضا بإسقاط حقه، وأما المشتري فلعدم ملكه أو لعدم استقراره. **والثاني**: أنها للبائع لأن في اشتراطه الخيار لنفسه تمسكاً بما تعلق به من حقوقه، **والثالث**: أنه موقوف فإن تم البيع فالشفعة للبائع اعتباراً بما يُفضي إليه أحوالهما.

مسألة: قال: ولو كان مع الشقصِ عَرَضٌ بثمنٍ واحدٍ[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا اشترى شقصاً وسيفاً أو عبداً وشقصاً أو عرضاً وشقصاً صفقةً واحدةً كان للشفيع الشفعة بحصته من الثمن ولا حق له فيما بيع معه ولا خيار للمشتري، وإن تبعَّضت الصفقة عليه لأنه دخل على بصيرة من الأمر فيقوَّم الشقص والسيف ويُقسَّط الثمن عليهما فيؤخذ بالحصة، فإن كان الثمن ثلاثمائةٍ وقيمة السيف عشرةً وقيمة الشقص عشرين كان الشقص بثلثي الثمن والسيف بثلثه فيكون الشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بمائتين أو يدع، وإن كانت قيمة الشقص عشرة وقيمة السيف عشرين كان الشقص مبيعاً بثلث الثمن وعلى هذا القياس وقد ذكرنا قول مالك فيه.

فرع

لو باع شقصين من أرضين أو دارين، فإن كان شفيع **أحدهما**: غير شفيع الآخر كان لكل واحدٍ منهما أخذ الشقص الذي له فيه حق الشفعة، وإن أدى إلى تبعيض الصفقة ويكون جمعه بينهما في صفقةٍ واحدة رضاً منه بالتبعيض ولأنه أخذ جميع ما وجب له بالشفعة فكان ذلك له، وإن كان شفيعهما واحداً فإنَّ **أحدهما**: كان له وإن أراد أن يأخذ **أحدهما**: ويترك الآخر فالذي نصّ عليه الشافعي أن له ذلك كما يكون ذلك للشفيعين ولأنه أخذ بالشفعة جميع ما بيع في شركته كما لو كان كل المبيع، وخرّج [٩٠/أ] بعض أصحابنا فيه قول آخر أنه لا يجوز لأن فيه تبعيض الصفقة على المشتري من غير رضاه.

مسألة: قال: وعهدةُ المشتري على البائعِ، وعهدةُ الشَّفيعِ على المشتري[٢].

وهذا كما قال: إذا سلم المشتري ثمن الشقص إلى البائع وقبض الشقص فجاء الشفيع

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٨١).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٨٢).

وأخذ من المشتري ثم استحق الشقص رجع الشفيع بالعهدة على المشتري، ورجع المشتري على البائع لأن الشفيع ملكه عن المشتري وملكه المشتري عن البائع وهذا معنى قول الشافعي: عهدة المشتري على البائع وعهدة الشفيع على المشتري، وإن لم يكن المشتري قبض الشقص من البائع وقلنا: للشفيع أن يأخذه من يد البائع فأخذه يصير في حكم كأنه أخذه من المشتري وتكون عهدته على المشتري أيضاً وبه قال مالك وأبو حنيفة وأبو يوسف وأحمد.

وقال محمد: إن أخذ من يد المشتري رجع بالعهدة عليه، وإن أخذ من يد البائع رجع بالعهدة عليه، وحكي هذا عن أبي حنيفة، وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي: يرجع بالعهدة على البائع بكل حال وهذا غلط لأنه استفاد الملك من جهته فعليه عهدته، وإن كان مستغنياً عن عقدٍ يستأنفه ولهذا لو أراد البائع تسليم الشقص إلى الشفيع دون المشتري فليس له ذلك لأن المشتري هو الذي استحق على البائع الملك بالعقد.

فرع

لو اشترى شقصاً على أن المشتري بالخيار ثم أسقط المشتري خياره ثم أراد الشفيع الأخذ بالشفعة هل يأخذه في الحال قبل انقضاء الخيار المشروط له أو له التأخير إلى انقضائه؟ قال والدي رحمه الله: هذا مبني على ثبوت الشفعة فيه قبل إسقاط الخيار، فإن قلنا: لا يثبت فعلى هذا إذا انقطع الخيار يلزم المشتري تعجيل الأخذ لأن الشفعة على الفور، وإن قلنا: تثبت الشفعة له قبل انقضاء الخيار وهو الأصح يحتمل أن يقال: لا يلزمه التعجيل كما لو اشترى شقصاً بثمن مؤجل [٩٠/ب] لا يلزم الشفيع تعجيل الأخذ وله التربُّص إلى انقضاء الأجل، وإن سقط الأجل قبله بموته ويحتمل أن يقال: لا بد من التعجيل، والفرق أن الثمن المعجل أزيد من الثمن المؤجل وهذا المعنى لا يوجد ها هنا.

باب

قال المزني: هذه مسائل أجبت فيها على معنى قول الشافعي رحمة الله عليه.

مسألة: قال: وإذا تبرَّأ البائعُ من عيوبِ الشفعةِ[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا باع شقصاً واشترط البراءة من العيوب كان البيع جائزاً على ما

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٨٤).

اختاره المزني وقد ذكرنا حكم هذه المسألة في كتاب البيع وقيل: لم يرد أنه باع بشرط البراءة، ولكنه أراد أنه اشتراه وهو عالم بعيوبه أو كان غير عالمٍ فعلم ورضي به وأصل الباب في هذا أن الشفيع بمنزلة المشتري الثاني من الأول لأنه يأخذ منه بالثمن وإنما يفترقان في شيئين **أحدهما**: أن الشفيع ينتزعه من المشتري بغير اختياره بخلاف المشتري الثاني، **والثاني**: أن الشفيع يأخذه بالثمن الذي ملك به المشتري والمشتري الثاني يملكه بما يتفقان عليه من الثمن، فإذا ثبت هذا الأصل فاشترى الشقص وأخذه الشفيع منه وكان الشقص معيباً لم يخل من أربعة أحوالٍ، إما أن يكون المشتري والشفيع جاهلين بالعيب أو عالمين به أو يكون المشتري جاهلاً به دون الشفيع، أو الشفيع عالماً به دون المشتري، فإن كانا جاهلين به كان للشفيع رده على المشتري فإذا رده إليه كان المشتري بالخيار بين أن يرده على البائع أو يمسكه، وإن كانا عالمين به استقر الشراء والأخذ بالشفعة معاً، وإن كان المشتري جاهلاً دون الشفيع سقط رد الشفيع ولا يملك المشتري رده لأنه خرج عن يده ولا يطالب بالأرش لأنه استدرك ظلامته وقيل: لأنه لم ييأس من الرد فإن عاد إلى المشتري بوجهٍ من وجوه الملك هل له رده على البائع؟ وجهان مبنيان على [٩١/أ] اختلاف التعليلين فإن قلنا بالعلة الأولى لا يرد وإن قلنا بالعلة الثانية يرد، واعلم أن المزني ذكر أنه فرع هذه المسألة وهي منصوصة عن الشافعي في القديم ورواها عن عليّ رضي الله عنه.

فرع

لو ادعى المشتري علم الشفيع بعيبه عند أخذه وأنكر الشفيع فشهد البائع عليه بعلمه، فإن كان برئ إلى المشتري من عيبه تقبل شهادته لأنه لا يدفع بها عن نفسه. وإن لم يبرأ إليه من عيبه لا تقبل لأنه يدفع بها عن نفسه.

فرع آخر

لو ظهر المشتري على عيبٍ في الشقص فأمسك عن رده انتظاراً للشفيع، فإن كان الشفيع غائباً لم يلزمه انتظاره وبطل بالإمساك خياره لأن حضور الشفيع مع تعلق حقه بالشقص عذر في الإمساك ولا يكون عذراً إن كان غائباً.

مسألة: قال: وإنْ كانَ المشتري اشترَاهَا بدنانيرَ بأعيانِها ثمَّ أخذَهَا الشَّفيعُ بوزنِها فاستُحِقَّتْ[1].

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٨٦).

الفصل

وهذا كما قال: إذا اشترى شقصاً بدنانير وأخذ الشفيع بوزنها ثم استحقت الدنانير لا يخلو إما أن استحقت دنانير الشفيع أو دنانير المشتري، فإن استحقت دنانير المشتري لا يخلو إما أن تكون معيَّنة أو غير معينة فإن كانت معينة انفسخ العقد وبطلت الشفعة لأن الدنانير تتعيَّن بالتعين عندنا خلافاً لأبي حنيفة فإذا كانت مستحقةً كان البيع باطلاً والشفعة تبطل أيضاً لأنها تُستفاد ببيع صحيح وهذا بيعٌ باطلٌ، وإن كانت في الذمة كان البيع صحيحاً والشفعة ثابتة على المشتري بدلها للبائع، وإن استحقت دنانير الشفيع فإن كان الشفيع عالماً بأن الدنانير التي وزنها مغصوبة هل تبطل شفعته؟ وجهان **أحدهما**: تبطل لأنه لما أخذه بما لا يجوز أخذه كان مفرطاً وهذا هو الصحيح، واختاره الداركي وجماعة، **والثاني**: لا يبطل لأن أخذ الشفيع لا يتعلق بالنقد الذي دفعه إليه وإنما استحق أخذه بمثل ما وزن [٩١/ب] المشتري، فإذا خرج ما أعطاه مستحقاً أعطاه بدل الذي ثبت في ذمته عند المطالبة وإن لم يعلم لا تبطل شفعته، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن كان أخذ بدنانير معينةً فيه وجهان علم أو لم يعلم، وإن كان أخذ بثمنٍ في الذمة ثم عين المغصوبة لا يبطل وجهاً واحداً، وإن كان عالماً وقيل: عيّن أو لم يعيّن لا يبطل شفعته وجهاً واحداً وهذا اختيار المزني والقفال لأن الشفعة يصح أخذها وطلبها دون ذكر الثمن فلا معنى لتعيينه.

فرع

إذا قال الشفيع: أخذت الشفعة بهذه الدنانير فيه وجهان **أحدهما**: قال أبو إسحاق وابن أبي هريرة: لا يتعين لأنه تملكها استحقاقاً فعلى هذا له أن يأتي ببدلها وهو على شفعته فإن أعسر بالبدل بطلت شفعته، **والثاني**: حكاه أبو حامد يتعين لأنها ملحقة بعقد البيع لاستحقاق الثمن فيها فعلى هذا قد صار بتعينها مبطلاً لشفعته بغيرها.

مسألة: قال: ولو حطَّ البائعُ عنِ المشتري بعدَ التَّفرُقِ[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا حطَّ البائع عن المشتري بعض الثمن أو كله، فإن كان بعد التفرق فهو هبة من البائع للمشتري ولا يجب على المشتري أن يحطه عن الشفيع، وكذلك إن زاد في الثمن بعد التفرق لم يلحق بالعقد لأن الثمن لم يستقر بعد فكان الاعتبار بالثمن الذي

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٨٧).

يفترقان عليه، وقيل: فيه وجه آخر لا يلحق أصل العقد إذا قلنا: الملك للمشتري، وإذا لحق أصل العقد لزم في حق الشفيع، وقال أبو حنيفة: إن حطَّ البعض لحق العقد ولزم في حق الشفيع، وإن حط الكل فلا يلحق أصل العقد ولا يلزم في حق الشفيع قال: والزيادة لا يلزم الشفيع أصلاً وإن لحق العقد، وقال ابن أبي ليلى: يلحق حط بعض الثمن أصل العقد ولا يحط عن الشفيع، وإن كان قبل التفرق، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا حط كل الثمن قبل التفرق هل يبطل البيع؟ وجهان **أحدهما**: يبطل لأنه خلا عن الثمن، **والثاني**: [٩٢/أ] لا يبطل ويكون كالإبراء ثم هل يكون بيعاً أو هبةً؟ وجهان فإن قلنا: هبة لا شفعة، وإن قلنا: بيع تثبت الشفعة.

فرع

إذا أخذ المشتري من البائع أرش العيب لتعذر الرد أو صالح البائع على الأرش وقلنا: يجوز في أحد الوجهين يأخذ الشفيع بالباقي من الثمن بعد الأرش لأنه حطَّ باستحقاقٍ لفقد جزء من المبيع بخلاف الحط تبرُّعاً.

مسألة: قال: ولوْ ادعَى عليهِ أنهُ اشترَى شِقْصَاً له فيه شفعةٌ[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا ادعى رجل على رجل أنه اشترى شقصاً وله فيه شفعة، فإن هذه الدعوى تسمع إذا كانت محصورة وحصرها أن يقول: اشترى كذا وكذا سهماً من الدار أو الضيعة التي موضعها في موضع كذا وحدودها كذا من فلان بن فلان بكذا وكذا درهماً وأنا أستحقه بالشفعة، فإذا بيَّن الدعوى على هذا الوجه سمعها الحاكم وطالب المدعى عليه بالجواب قال: فإن أقرَّ سلمه إليه بالثمن الذي وقع العقد عليه، وإن أنكر وقال: ما اشتريته وإنما رهنتنيه أو وهبه لي أو ورثته أو اشتريته ولكني اشتريته قبل شراء هذا المدعي لنصيبه أو قال: اشتريته ولكنه لا يستحق عليّ بالشفعة فهذه كلها أجوبة صحيحة ويكون القول قوله مع يمينه وعلى المدعي البينة كما نقول في سائر الدعاوى فإذا قامت البينة ثبت ما ادعاه وأخذه بالشفعة، وإن لم يكن له بينة فإنا نعرض اليمين على المدعى عليه ويحلف على حسب ما وقعت الدعوى والإنكار، فإذا ادعى أنه اشتراه وأنكر حلف أنه لم يشتره وسقطت الدعوى.

ومن أصحابنا من قال: يحلّفه على أنه لا يستحق عليه بالشفعة ولا يحلف على أنه

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٨٨).

اشتراه لأن الشفعة هي المقصودة بالدعوى، ومن قال بالأول أجاب عن هذا وقال: هذا احتياطٌ بارد من الحاكم لأن المدعى عليه لما أنكر الشراء وأجابه به [٩٢/ب] وسمع ذلك دل على أنه يمكنه أن يحلف عليه، وإن قال: اشتراه بعدي وأجاب بأني اشتريته قبله حلف أنه اشتراه قبله وإن قال: أستحقه عليه بالشفعة وقال: لا شفعة لك حلف أنه لا يستحقه بالشفعة، ولو قال المدعي: اشتريت شقصاً ولي فيه الشفعة، وقال في الجواب: لا شفعة لك فيه أو لا يستحقه بالشفعة حلف أنه لا شفعة له فيه ولا نحلفه أنه ما اشتراه لأنه قد يشتريه في شفعته ثم يبطل شفعته، فلو حلَّفناه على أنه ما اشتراه ظلمناه وإن نكل عن اليمين رد اليمين على المدعي، فإذا حلف حكمنا له بالشقص وينظر في تحليفه، فإن كان أنكر الشفعة أنه لا يستحقها عليَّ حلف أنه يستحقها عليه بالشراء الذي ادعاه، وإن كان أنكر الشراء حلف الشفيع أنه لقد اشتراه وهل يلزمه أن يقول في يمينه وأنه يستحق الشفعة فيه أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه وهو اختيار أبي إسحاق، وإن أحلفه الحاكم عليه كان استحباباً لأن هذا من حقوق المالك فما لم يطالب به لم يلزم.

والثاني: أنه لازم لأن نقل الأملاك لا يجوز بالأمر المحتمل وقد يجوز أن يكون عفا بعد الشراء، ثم إذا حكم له بالشفعة ففي الثمن ثلاثة أوجهٍ أحدها يؤخذ منه ويدفع إلى المالك لئلا يؤخذ الشقص من يده بغير بدلٍ فإن امتنع يقال له: إما أن تقبض أو تبرأ، **والثاني**: أنه يوضع في بيت المال ما لم يدعه المالك ثمناً، فإذا ادعاه دفع إليه، **والثالث**: يقر في ذمة الشفيع ما لم يأت المالك مطالباً.

وإن قال في جوابه: اشتريته لزيدٍ، فإن كان زيد حاضراً أحضر مجلس الحكم وسئل عنه فإن صدقه أخذ منه بالشفعة وإن كذبه فإن البيع قد لزم المدعى عليه ويأخذ الشفيع منه، وإن كان زيد غائباً فإن الحاكم يأخذ الشقص من المدعى عليه بالثمن الذي وقع العقد عليه ويسلمه إلى الشفيع [٩٣/أ] وسجل به سجلاً، ويُحكى فيه صورة الحال على وجهها وأن زيداً على حجته إذا قدم فإذا قدم كانت الخصومة بينه وبين الشفيع على حسب ما بيناه لأنا لو قلنا: يتوقف إلى حضوره أدى إلى إسقاط الشفعة لأن أحداً لا يعجز عن مثل هذا الإقرار.

وإن قال صاحب اليد: ملك هذا الشقص لفلان ينظر، فإن كان المقر له غائباً لم يكن للشفيع فيه الشفعة إلى أن يقدم الغائب فيسأل عن جهة الملك، فإن كان مما يجب به الشفعة حكم بها، وإن كان مما لا يجب به الشفعة لم يحكم بها وأما الذي في يده الشقص فلا

يطالب ببيان جهة الملك للغائب بعد إقراره بأن الشيء لغيره فإن إقراره فيه غير مقبولٍ.

وقال في «الحاوي»: قال البغداديون من أصحابنا: صورة المسألة في شقصٍ مشتركٍ انتقل الملك إلى رجل فقال الشفيع: انتقل إليك بالبيع، وقال المالك: ملكته بهبةٍ وقد ذكرنا حكمها، وقال البصريون: وهو الأشبه صورة المسألة في أن صاحب اليد في الشقص المشترك قال عند ادعاء الشفعة عليه لنا وكيل الغائب فيه ولم أملكه عنه فيكون القول قوله لليد والإنكار فإن حلف برئ، وإن نكل عن اليمين ردت اليمين على الشفيع، فإن حلف حكم له بالشفعة ولا يكون ذلك حكماً على الغائب بنقل ملكه إلى الشفيع وإنما يكون رفعاً ليد الحاضر.

ثم في الثمن وجهان: **أحدهما**: يوضع في بيت المال حتى يحضر الغائب، **والثاني**: يقر في ذمة الشفيع إلى قدوم الغائب ويمكن من التصرف في الشقص بما لا يؤدي إلى استهلاكه، وإن باعه لم يمنع من بيعه لأن الغائب على حقه فيه مع بقاء عينه وهل يؤخذ بكفيل فيما حصل له عليه؟ وجهان **أحدهما**: يؤخذ حفظاً لحق الغائب، **والثاني**: لا يؤخذ لأنا على غير يقين من استحقاقه.

ولو قال في جواب الدعوى الأول: اشتريته لابني الطفل [٩٣/ب] أو الأجنبي طفل لي عليه ولاية تثبت الشفعة له على الصحيح من المذهب لأن شراء الولي لمن يلي عليه صحيح كشرائه لنفسه وقوله فيه مقبول.

ومن أصحابنا من قال: لا تثبت الشفعة لأن هذا إقرار يثبت به حق في مال الطفل ولا يقبل إقرار الأب والولي على الطفل بما يوجب حقاً في ماله فإذا كان كذلك لم يثبت الشفعة وهذا ضعيف، ولو قال: ليس هذا بشريك فعليه إقامة البينة على الشركة والقول قول المشتري مع يمينه ويحلف أنه لا يعلم أن له شركة لأنه يحلف على نفي فعل الغير، وإن نكل عن اليمين رددناها إلى الشفيع ويحلف على البتّ أن له شركة في هذه الدار أو في هذه الضيعة.

مسألة: قال: لوْ أقامَ الشفيعُ البينةَ أنهُ اشتراهَا من فلانٍ الغائبِ بألفِ درهمٍ[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا كانت الدار في يد رجلين يد كل واحد منهما على نصفها فقال

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٨٩).

أحدهما: لصاحبه: هذا النصف الذي في يديك قد اشتريته أنت من فلان الغائب بألفٍ ولي الشفعة وأقام بذلك بينةً فقال له صاحبه: ما باعنيها الغائب بل أودعنيها فهي في يدي وديعة له وأقام بذلك بينةً نظر، فإن كانت البينتان مطلقتين أو مطلقة ومؤرخة قدمنا بينة الشفيع لأنها أثبتت شراء وأوجبت شفعة وبينة الإيداع لا يمنع الشراء، وكيف يعمل بالثمن؟ على ما ذكرنا من الأوجه الثلاثة، وإن كانتا مؤرختين بوقتٍ واحدٍ كانتا متعارضتين، وإن كانتا مؤرختين بوقتين مختلفين، فإن كانت الوديعة سابقة فإن بينة البيع لا تعارض بينة الوديعة، وإن كان البيع سابقاً فكذلك لجواز أن يكون قد اشتراه ثم غصبه البائع عليه ثم رده إليه بلفظ الإيداع أو باعه النصف فأمسكه البائع لاستيفاء الثمن فيعذر عليه إيفاء الثمن فقال البائع: خذه وديعة عندك حتى إذا سلمت الثمن قبضته بعد ذلك قبض مبيع ولأن البيع ينافي الوديعة فكانت بينة البيع أولى، وهكذا إذا قال في الجواب: هو رهن أو إجارة [٩٤/أ] أو عارية كان الحكم على ما ذكرناه في الوديعة، ولو كانت المسألة بحالها فأقام الشفيع البينة بالشراء من فلان الغائب بألفٍ وأقام المدعى عليه البينة أنه ورثها من فلان الغائب فهما متعارضتان إذا كان التاريخ واحداً لأن الميراث يمنع الشراء، فإذا قلنا: يسقطان فكأنه لا بينة مع واحدٍ منهما.

وإن قلنا: يستعملان فله موضع يذكر فيه. وفرع أبو العباس ها هنا فقال: فإن كانت بحالها فادعى أحدهما: أن الذي هي في يديه اشتراها من زيد الغائب بألفٍ وأقام بذلك بينةً وأقام من هي في يديه البينة أن عمراً الغائب أودعنيها، وأنه أودعني ما هو ملكه وكانت بينة الشراء مطلقة قدمت بينة الإيداع ها هنا وسقطت بينة الشراء وتقر في يد من هي في يديه وكتب إلى عمرٍو في ذلك فإن قال: صدق والشقص لي في يديه سقطت الشفعة والشيء وديعة على ما هي عليه، وإن عاد الجواب من عمرٍو ما أودعته ولا حق لي فيها قضينا للمدعي بينة الشراء وسلمنا الشقص إليه ويكون معترفاً بالثمن لمن لا يدعيه عليه وقد مضى حكمه، فإن كانت بحالها ولم تكن هكذا ولكن شهدت بينة الشفيع بأن زيداً باعه وهي ملكه وكانت بينة الإيداع مطلقة قدمنا بينة الشراء وحكمنا عليه بالشفعة ولم يراسل ها هنا زيد بشيء لأنه لو أنكر الشراء لم يلتفت إليه.

مسألة: قال: ولوْ أنَّ رجلينِ باعَا منْ رجلٍ شِقصاً فقالَ الشفيعُ: أنا آخذ ما باع فلان[1].

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٨٩).

الفصل

وهذا كما قال: إذا كانت الدار بين ثلاثة نفرٍ أثلاثاً فباع اثنان منهم نصيبهما من رجلٍ واحدٍ وكان المشتري واحداً والبائع اثنين فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الكل منه، أو يدع الكل أو يأخذ ما باع أحدهما: دون الآخر وهكذا إن كان البائع واحداً والمشتري اثنان فللشفيع أن يأخذ ما باع أحدهما: دون الآخر لأن عقد الواحد مع الاثنين في حكم العقدين المفردين.

وقال أبو حنيفة: يجوز [٩٤/ب] هذا بعد القبض ولا يجوز قبله وهذا غلط لأنهما مشتريان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما: كما لو كان بعد القبض في روايةٍ، وقال أيضاً في المسألة الأولى لا يفرق الشفيع الصفقة على المشتري وليس له أن يأخذ ما باع أحدهما: دون الآخر، وبه قال مالك، وهذا غلط لأن البائع اثنان فأشبه إذا باعا بعقدين، ولو كانت المسألة بحالها فباع اثنان نصيبهما من رجلين صفقةً واحدةً فهي بمنزلة أربعة عقودٍ فالشفيع بالخيار بين أن يدع الكل أو يأخذ الكل أو يأخذ من بعضهم دون بعضٍ كيف شاء، كما لو باع واحدٌ منهم نصيبه من رجلٍ واحدٍ في أربعة عقودٍ في كل عقدٍ ربع ملكه كان الشفيع بالخيار على ما ذكرته.

فرعان لأبي العباس رحمه الله أحدهما: قال: لو كانت دار بين ثلاثةٍ أثلاثاً فباع أحدهم نصيبه من ثلاثة أنفسٍ صفقةً واحدةً كان للشفيع أن يأخذ الكل وأن يأخذ من بعضهم دون بعضٍ فإن أخذ من واحدٍ وعفا عن الآخرين كان ذلك له وليس للذين عفا عنهما مشاركة الشفيع فيما أخذ من الثالث: لأن ملك البائع انتقل إلى الثلاثة دفعةً واحدةً في زمانٍ واحدٍ لم يسبق بعضهم بعضاً، فهو كما لو اشترى اثنان داراً صفقةً ملك كل واحدٍ نصفها وليس لأحدهما: مطالبة شريكه بالشفعة لأن ملك أحدهما: ما سبق الآخر.

والفرع الثاني: قال: لو كانت دار بين اثنين فباع أحدهما: نصيبه من ثلاثة أنفسٍ في ثلاثة عقودٍ عقداً بعد عقدٍ ثم علم الشفيع بالشفعة كان له أخذ الكل وبعضٍ دون بعضٍ فإن أخذ من الأول وعفا عمن بعده لم يكن لمن بعده مشاركته في الشفعة لأنهما ملكا بعد وجوب الشفعة، وإن أخذ من الثاني لم يشاركه الثالث: أيضاً وإن أخذ من الثالث: وعفا عن الأول، والثاني: كان لهما مشاركته في الشفعة، فإذا شاركاه فهل يستحقان على عدد الرؤوس أو الأنصباء على القولين.

فرع آخر

لو كانت دار بين أربعة لكل واحدٍ منهم ربعها [٩٥/أ] فباع ثلاثة منهم نصيبهم منها لم

يخل من أحد أمرين إما أن يبيعوا من ثلاثة نفرٍ، أو من واحدٍ فإن باعوا من ثلاثةٍ لم يخل من أحد أمرين إما أن يكون الكل في زمانٍ واحدٍ أو من واحدٍ بعد واحدٍ، فإن كان في زمان واحدٍ فلا فرق بين أن يكون صفقةً واحدةً أو كل واحدٍ على الانفراد لم يسبق بعضهم بعضاً فالشفيع بالخيار على ما ذكرنا، وإن كان البيع من واحدٍ بعد واحدٍ فله أخذ الكل وترك الكل من بعضٍ دون بعضٍ فإن أخذ من بعضٍ دون بعضٍ نظر، فإن أخذ من الأول وعفا عن الثاني، والثالث: لم يشاركاه في الشفعة وإن أخذ من الثالث: وعفا عن الأولين كان لهما مشاركته في الشفعة، وإن باعوا نصيبهم من واحدٍ لم يخل من أحد أمرين إما أن يكون صفقةً واحدةً، أو عقداً بعد عقدٍ، فإن كان صفقةً واحدةً كان له أن يأخذ الكل ويدع الكل ويأخذ البعض ويدع البعض فإن أخذ الكل وترك الكل فلا كلام، وإن أخذ بعضاً دون بعضٍ انفرد به ولم يشاركه المشتري فيما أخذ لأن الملك في زمانٍ واحدٍ، وإن كان عقداً بعد عقدٍ فقد ملك المشتري ثلاثة أرباعها في ثلاثة عقودٍ فللشفيع أخذ بعضها دون فإن أخذ الأول أو الأول والثاني: لم يشاركه المشتري فيما أخذوا وإن عفا عن الأول، والثاني: وأخذ الثالث: فالمشتري شفيع فهل يستحق الشفعة فيما ملكه من الربع الثالث؟ على وجهين على مذهب المزني وابن سريج له الشفعة.

ومن أصحابنا من قال: لا شفعة له فإذا قلنا: لا شفعة له لأنه لا يملك الشفعة فيما اشتراه لنفسه كان للشفيع كل الربع الثالث: بالشفعة، وإذا قلنا: للمشتري الشفعة فله الربعان الأولان وللشفيع في الدار ربعها والمستحق بالشفعة الربع الرابع فكيف يقسم بينهما؟ على قولين فإذا قلنا: على عدد الرؤوس كان الربع بينهما نصفين، وإذا قلنا: على قدر الأنصباء كان الربع بينهما على الثلث والثلثين ثلثاه للمشتري وثلثه للشفيع.

فرع آخر

لو كانت الدار بين ثلاثة فوكل [٩٥/ب] أحدهم لواحدٍ منهم فباع نصيبه ونصيب موكله صفقةً واحدةً كان للثالث الشفعة وهل له أن يأخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ وجهان **أحدهما**: له ذلك لأن المالك اثنان فهو كما لو توليا العقد، **والثاني**: ليس له ذلك لأن العاقد واحدٌ في الطرفين.

مسألة: قال: ولوْ زعمَ المشتريْ أنهُ اشتراهَا بألفٍ فأخذهَا الشفيعُ بألفٍ[١]

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٩٠).

الفصل

وهذا كما قال: إذا زعم المشتري أنه اشتراه بألفٍ فادعى البائع أنه باعه بألفين وأقام على ذلك بينةً يلزم المشتري للبائع ألفان ولم يكن للمشتري أن يأخذ من الشفيع إلا ألفاً واحداً لأنه يزعم أن الألف الثاني ظلم من جهة البائع فلا يرجع بالظلم إلا على الظالم، ولو قال المشتري: كنت نسيت وقد تذكرت الآن لم يقبل رجوعه عنه في حق الشفيع، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: المشتري يطلب الشفيع بألفين لأن الحاكم إذا حكم عليه بالبينة أبطل إقراره وهذا غلط لما ذكرنا، وحكي عنه أنه قال: إن كان الشفيع أخذ الشقص من يد البائع حكم بها على الشفيع دون المشتري، وإن كان أخذه من يد المشتري حكم بها على المشتري بناء على أصله في عهدة المبيع.

فرع

لو كان هذا المشتري عقد الشراء بنفسه ليس له إحلاف الشفيع إذا قال: غلطت والبائع صادق في دعوى البيع بألفين، وإن كان اشترى بالوكيل ففي إحلاف الشفيع وجهان **أحدهما**: له ذلك لإمكان ما قاله، **والثاني**: ليس له ذلك كما لو تولي عقده.

فرع آخر

لو لم يكن للبائع بينة على المشتري يتحالفان، وقال أبو حنيفة: القول قول المشتري مع يمينه بناءً على أصله أنه صار مستهلكاً بالأخذ بالشفعة ولا يثبت التحالف بعد التلف.

فرع آخر

لو كان الشفيع مصدّقاً للبائع جاز أن يشهد له على المشتري إن كان عدلاً لأنه يستضر بها ولا ينتفع وليس للمشتري أن يرجع بها على الشفيع إذا غرمها لأنه لا يدَّعيها، وإن تعذر غرم المشتري لها بعينة أو عسرة فهل يستحق البائع أخذها من الشفيع أم لا؟ وجهان **أحدهما**: [٩٦/أ] لا يستحق أخذها منه وإن صدقه عليها لوجوبها على غيره وإفراز الشفيع بها لغيره، **والثاني**: يستحق أخذها منه لأن عقد البيع منتقل إليه وثمنه مستحق عليه.

فرع آخر

لو كان الشفيع مكذباً للبائع وتحالف البائع والمشتري لا تبطل الشفعة بتحالفهما، سواء قلنا: البيع يبطل بالتحالف أو لا يبطل لاستقرار الشقص على ملك الشفيع بالأخذ بخلاف ما لو تحالفا قبل الأخذ.

فرع آخر

لو أقام البائع البينة على الألفين وكان المشتري مستنيباً في عقده ولم يعقد بنفسه فيه وجهان **أحدهما**: يرجع بها عليه لأنه لم يتقدم منه تكذيبٌ لبينته، **والثاني**: لا يرجع بها لأنه قد أقر باستيفاء حقه وهو الظاهر من قول المزني واختاره القاضي أبو حامد رحمه الله.

مسألة: قالَ: ولو كانَ الثمنُ عبداً فأخذَ الشفيعُ بقيمةِ العبدِ ثمَّ أصابَ البائعُ بالعبدِ عيباً[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا اشترى شقصاً بعبدٍ وأخذه الشفيع بالشفعة وأعطى المشتري قيمة العبد ثم أصاب بالعبد عيباً لم يخل من أحد أمرين، إما أن يعلم بالعيب قبل أن حدث بالعبد ما يمنع الرد، أو علم بعد ما حدث به ما يمنع الرد، فإن كان قبل الحدوث رده على المشتري فإذا رده لم يخل الشفيع من أحد أمرين إما أن يكون قد أخذ الشقص بالشفعة، أو لم يكن أخذ، فإن كان قد أخذ لم يكن للبائع الرجوع في الشقص لأن ملك المشتري قد زال عنه فيرجع بقيمة الشقص لا ببدل العبد لأن البائع قد فسخ العقد وقد كان له أخذ الشقص أو كان موجوداً فكان له قيمته إذا كان مفقوداً والقيمة أقل ما كانت من وقت عقد البيع أو قبض المشتري، ثم إن عاد إلى المشتري هذا الشقص بوجهٍ من الوجوه لم يجب رده على البائع ولا له رده عليه ولا للبائع مطالبته به بخلاف الغاصب إذا غرم الآبق ثم رجع يلزمه رده إلى المالك، وللمالك أن يسترده لأن هناك بالتغريم لم يملك وها هنا ملك بالتغريم فافترقا وإن لم يعد إليه استقر [٩٦/ب] الشقص للشفيع بقيمة العبد واستقر الشقص للمشتري بقيمة الشقص وانقطعت العلائق بين المشتري وبين البائع وهل بين الشفيع وبين المشتري تراجع أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تراجع بينهما لأن الرد بالعيب فسخ في الحال غير مستندٍ إلى حالة العقد.

والثاني: بينهما تراجع لأن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي يستقر على المشتري وها هنا استقر قيمة الشقص فعلى هذا يقابل بين قيمة العبد وقيمة الشقص، فإن كانت القيمتان سواء فلا كلام، وإن كان بينهما تفاضل تراجعا به، فإن كانت قيمة الشقص أكثر من قيمة العبد رجع المشتري على الشفيع بتمام قيمة الشقص، وإن كانت قيمة الشقص أقل من قيمة العبد رجع المشتري عليه بذلك الفضل وهذا لأنه انفسخ العقد الأول بهذا الرد

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٩٢).

وصار الثمن قيمة الشقص، وإن لم يكن أخذ الشفيع الشقص من المشتري واجتمع الشفيع والبائع ففي أحقهما بالشقص وجهان من اختلاف الوجهين إذا كان الشقص صداقاً وينازعه الشفيع والزوج المطلق قبل الدخول فإن قلنا هناك: الزوج أحق فها هنا البائع أحق ولا شفعة وإذا قلنا: هناك الشفيع أحق فها هنا الشفيع أحق ووجه هذا أنه استحق الشفعة بالبيع والبائع إنما يستحق أخذ الشقص بالرد بالعيب بعده فحق الشفيع أسبق ووجه الوجه الأول أن الشفيع إنما يستحق أخذه بالشفعة إذا لم يثبت للبائع على المشتري حق الفسخ وها هنا ثبت له ذلك فإذا قلنا: البائع أحق أخذه وانصرف وإن قلنا: الشفيع أحق فبكم يأخذه؟ وجهان:

أحدهما: بقيمة العبد الذي كان ثمناً لأنه استقر عليه عقد البيع.

والثاني: بقيمة الشقص الذي صار مغروماً واستقر للبائع على المشتري، وإن كان هذا بعد حدوث عيب آخر عنده منع الرد كان له الرجوع بأرش العيب على المشتري، فإذا رجع به هل يرجع المشتري به على الشفيع؟ نظر، فإن كان الشفيع أخذه بقيمة عبدٍ [٩٧/أ] سليمٍ لا عيب فيه لم يرجع بشيء، وإن كان أخذه بقيمة عبدٍ معيب من أصحابنا من قال: فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع عليه المشتري لأنه استحقه بما سمى في العقد.

والثاني: يرجع على المشتري لأن الثمن استقر على المشتري مع الأرش، ومن أصحابنا من قال: يرجع ها هنا على الشفيع وجهاً واحداً لأنه من تمام الثمن وهذا أصح بخلاف ما تقدم من المسألة.

مسألة: قال: ولوْ استحقَ العبدُ بطلتْ الشفعةُ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا باع شقصاً بعبدٍ فأخذه الشفيع ثم استحق العبد يبطل البيع والشفعة أيضاً بخلاف المسألة قبلها لأنه صح البيع وحصل الملك للمشتري هناك وها هنا بخلافه، ولو أقر المتبايعان والشفيع أن العبد كان حر الأصل يبطل البيع والشفعة أيضاً وإن أنكر الشفيع ما قالا لم يقبل قولهما عليه والشفعة له باقية، وقال بعض أصحابنا: يرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص لخروجه عن يده وفواته وقيل: لا يتراجعان بشيء لأن الشفيع ينكر استحقاق قيمة الشقص فلا يطالبه بها وهذا أشبه، ولو كان الثمن معيّناً فأخذ الشفيع الشفعة من المشتري ثم تلف الثمن في يد المشتري قبل القبض بطل البيع والشفعة معاً ولم يكن للمشتري أن يدفع بدل الثمن ولا يصح ذلك وإن اتفقا عليه.

مسألة: قال: ولوْ صالحَهُ منْ دعواه على شقصٍ[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا ادعى رجل على رجل شقصاً في يده فصالحه منه على مالٍ أخذه نظر، فإن كان الصلح على الإنكار فهو باطل ولا شفعة، وإن كان بعد الإقرار له فالصلح صحيح ويأخذ الشفعة منه بمثل المال الذي بذله إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل، وإن ادعى أحدهما: ألفاً فصالحه منه على الشقص الذي في يده، فإن كان على إقرارٍ صار كأنه اشترى ذلك بألفٍ ففيه الشفعة، وقد ذكرنا ذلك، وإن كان على إنكارٍ فالصلح باطل.

فرع

لو وهب شقصاً من رجل فهل للشفيع الشفعة؟ مبني على أن الهبة هل تقتضي الثواب؟ وفيه قولان فإذا قلنا: لا تقتضي الثواب [٩٧/ب] لا شفعة وإذا قلنا: تقتضي الثواب تثبت الشفعة فيها ويأخذ الشفيع بقدر الثواب، وحكي عن ابن أبي ليلى أنه قال: تثبت الشفعة فيها بقيمة الشقص وهو رواية عن مالك لأن الشفعة لإزالة الضرر وهو موجود ها هنا وهذا غلط لأن ملكها بغير بدلٍ فأشبه إذا ورثها، ولو كانت الهبة بشرط الثواب، فإن كان معلوماً وقلنا: يصح كان ذلك بيعاً وتثبت الشفعة تقابضا أو لم يتقابضا لأن الهبة لا تلزم إلا بالقبض وهذا قول أصحابنا وهذا غلط لأن ملكها بعوضٍ فلا يفتقر إلى القبض لحصول الملك كالبيع الصريح ولا يصح اعتبار لفظ الهبة لأن العوض يصرفها عن مقتضى لفظها ويصير لفظها عبارة عن البيع، ولو شرط ثواباً مجهولاً نقل الربيع عن الشافعي أنه إذا أثابه الموهوب له أخذ الشفيع بمثله إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل حكاه القاضي أبو عليّ الزجاجي والمشهور أن الهبة باطلة ولا شفعة قال: وفيه قول آخر لا شفعة في الهبة أصلاً لأن الهبة مخصوصة.

فرع آخر

لو حضر رجل مغنماً فأعطاه الإمام لحضوره شقصاً من دارٍ وطالبه الشفيع بالشفعة، فإن كان أخذه رضخاً لا شفعة لأن الرضخ عطية تبرع، وإن أخذه بسهم مستحقٍ فيه وجهان **أحدهما**: لا شفعة لأن الغنائم مستفادة بغير بدلٍ كإحياء الموات، **والثاني**: تثبت الشفعة لأنه قد اعتاضه بدلاً عن حضورٍ وعملٍ فعلى هذا يأخذه الشفيع بقدر سهمه من المغنم.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٩٣).

مسألة: قال: ولوْ أقامَ رجلانِ كلَّ واحدٍ منهما بيّنةٌ أنهُ اشترى منْ هذهِ الدارِ شِقصاً[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا كانت الدار بين رجلين لكل واحدٍ منهما نصفها وادعى كل واحدٍ منهما على صاحبه أن النصف الذي في يديه يستحقه عليه بالشفعة رجعنا إليهما في وقت [٩٨/أ] الملك فإن قالا: ملكناها معاً في زمان واحد بالشراء من رجل واحد أو من رجلين فلا شفعة لأحدهما: على صاحبه وإن قال كل واحدٍ منهما: أنا السابق فلي الشفعة لا يخلو من ثلاثة أحوال إما أن لا يكون هناك بينة أو يكون مع أحدهما: بينة، أو مع كل واحدٍ منهما بينة، فإن لم يكن مع واحدٍ منهما بينة فكل واحد منهما مدعٍ ومدعًى عليه فإن سبق أحدهما: فادعى على صاحبه قلنا له: أجب عن الدعوى فإن قال في الجواب: ملكي هو السابق قلنا: هذا ليس بجواب بل قد أعدت الدعوى فأجب عن الدعوى فإن قال: لا يستحق عليّ الشفعة فالقول قوله فإن نكل رددنا اليمين على المدعي، فإذا حلف قضينا له بالشفعة فسقطت دعوى صاحبه لأنه لم يبق له ملك يستحق به الشفعة فإن لم ينكل وحلف سقطت دعوى صاحبه، ويقال: لك الدعوى بعد هذا فإذا ادعى عليه نظر، فإن نكل عن اليمين حلف هو واستحق الشفعة، وإن حلف ولم ينكل سقطت الدعوى وبقيت الدار بينهما على ما كانت عليه هذا إذا لم يكن هناك بينة، فإن كانت مع أحدهما: بينة نظر، فإن شهدت له بالتاريخ مثل أن قالت: ملكها منذ سنة أو منذ شهر فلا فائدة في هذا التاريخ لأنا لا نعرف به وقت ملك الآخر فإن زادت على هذا فأخبرت أنه ملكه قبل ملك صاحبه قضينا بالبينة وحكمنا له بالشفعة، وإن كان مع كل واحدٍ منهما بينة لم يخلِ من أحد أمرين إما أن تكونا متعارضتين أو غير متعارضتين، فإن لم تكونا متعارضتين بأن شهدت إحداهما أنه ابتاع النصف من زيد وشهدت الأخرى أنه ابتاع النصف من عمرو فلا تعارض ها هنا لإمكان أن يكون كل واحدٍ منهما اشترى نصيبه مفرداً فلا يخلو حال البينتين من أربع أحوال إما أن تكونا مؤرختين تاريخاً واحداً أو مؤرختين تاريخاً مختلفاً أو إحداهما مطلقة والأخرى [٩٨/ب] مؤرخة أو كانتا مطلقتين، فإن كانتا مؤرختين تاريخاً واحداً بأن شهدت إحداهما أنه اشترى من زيد وقت طلوع الشمس والأخرى أنه اشترى من عمرو وقت طلوع الشمس فالملك لهما في وقتٍ واحدٍ فلا يستحق أحدهما: على الآخر شفعة، وإن كانتا مؤرختين تاريخاً مختلفاً فالذي ملك أولاً لا يستحق الشفعة على صاحبه لأن ملك صاحبه طرأ عليه، وإن كانت إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة فهو كما لو لم يكن مع أحدهما: بينة لأنا لا نعلم أيهما سبق الملك،

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٩٣).

وكذلك إن كانتا مطلقتين، وإن كانتا متعارضتين وهو أن تشهد كل واحدة منهما أن هذا هو السابق لصاحبه ففي المتعارضتين قولان **أحدهما**: تسقطان، **والثاني**: تستعملان.

وفي كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال القرعة والوقف والقسمة فإن قلنا: توقف وقفناه وإن قلنا: تقرع أقرعنا فمن خرجت قرعته قدمنا بينته وهل يحلف مع القرعة؟ وجهان، وإن قلنا: يقسم نظر، فإن كانا في الملك متساويين فلا فائدة في القسمة، وإن كانا فيه متفاضلين لأحدهما: الثلث وللآخر الثلثان أخذ صاحب الثلث من صاحب الثلثين السدس بما يخصه من الثمن.

مسألة: قالَ: ولوْ أنَّ البائعَ قال: قدْ بعتُ شقصي من فلانٍ بألفٍ[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا كانت الدار بين رجلين نصفين فادعى أحدهما: أنه باع نصيبه من فلان بألف درهم رجعنا إلى فلان فإن قال: صدق قضينا بالشفعة للشفيع، وإن أنكر فلان الشراء فقد اعترف المالك بالبيع وأنكره المشتري فهل للشفيع الشفعة؟ قال المزني: له الشفعة وصوَّبه سائر أصحابنا وبه قال أبو حنيفة وأحمد لأن البائع أقر بحقٍ للمشتري وبحقٍ للشفيع فإذا سقط حق المشتري بإنكاره لم يسقط حق الشفيع كما لو أقر لاثنين بحق فردَّه أحدهما، وقال ابن سريج: لا شفعة للشفيع لأن البيع لم يثبت في حق المشتري والشفعة إنما تستحق على المشتري لا على [٩٩/أ] البائع ولأن الأصل المشتري والشفيع فرع فهو كما لو أقر أحد الأخوين بأخ ثالث وأنكر الآخر لا يثبت الإرث كما لا يثبت الأصل وهو النسب، فإن قلنا بهذا فالخصومة بين البائع والمشتري فالقول قول المشتري فإن حلف برئ وإن نكل عن اليمين حلف البائع وثبت البيع ووجب له الثمن على المشتري وقضينا للشفيع بالشفعة على المشتري، وإذا قلنا: له الشفعة وهو المذهب وبه قال مالك لا يخلو البائع من أحد الأمرين إما أن يختار محاكمة المشتري أو لا يختار فإن اختار ترك محاكمته قلنا للبائع: تسلَّم أنت الثمن من الشفيع وسلّم الشقص إليه وتكون عهدة الشفيع ها هنا على البائع دون المشتري لأنه لما لم يلزمه الشراء مع إنكاره لم يلزمه عهدته، وإن اختار محاكمة المشتري هل له ذلك؟ وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك لأنه حصل له الثمن وهو مقصوده فلا فرق بين أن يحصل ذلك له من المشتري أو من الشفيع ولأنه لا يؤمن إن أُحلف أن يحكم بفسخ العقد وفيه إبطالٌ

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٩٥).

لحق الشفيع فليس له ذلك.

والثاني: له ذلك لاستحقاق اليمين عليه بإنكاره ولما فيه من البغية بوصول الملك إلى مستحقه ولا يبطل بذلك حق الشفيع ولأنه قد تكون معاملة المشتري أسهل من معاملة الشفيع وهذا أصح فإذا قلنا: له محاكمة المشتري فالقول قول المشتري مع يمينه فإن حلف سقطت دعوى البائع ويأخذ الشفيع منه الشقص على ما ذكرنا، وإن نكل عن اليمين حلف البائع وثبت الشراء والشفعة وتكون عهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع هذا كله إذا اعترف البائع بالبيع دون قبض الثمن فإن اعترف بالبيع وقبض الثمن أيضاً وأنكر المشتري الكل فهل للشفيع الشفعة؟ يبنى على المسألة الأولى فإن قلنا هناك: لا شفعة كما قال ابن سريج فها هنا أولى، وإن قلنا هناك: تثبت الشفعة فها هنا وجهان:

أحدهما: [٩٩/ب] لا شفعة لأنه لا يمكن دفعه إليه من غير ثمن ولا يمكن دفعه بالثمن لأن الثمن يستحقه المشتري ولا يمكن إجبار المشتري على قبض الثمن بعد يمينه أنه ما اشتراه وهذا اختيار أبي إسحاق وابن أبي هريرة.

والثاني: وهو قول الأكثرين له الشفعة لأن البائع أقر بحقٍ للمشتري وللشفيع معاً، فإذا لم يقبل المشتري كان للشفيع أن يقبل ويأخذ ثم إذا أخذ فهو معترف بالثمن للمشتري وهو ينكره فيه ثلاثة أوجه على ما بيناه وقيل: هل يقبض منه الثمن؟ وجهان فإذا قلنا: يقبض فيه وجهان **أحدهما**: يوضع في بيت المال موقوفاً للمشتري، **والثاني**: يدفع إلى البائع ويسترجع من البائع ما أقر بقبضه من المشتري ليكون هو الموقوف للمشتري في بيت المال ذكره في «الحاوي»، وحكى بعض أصحابنا عن ابن سريج أنه قال: في الصورة الأولى إذا أراد الشفيع دفع الثمن يرفع الأمر إلى القاضي ليقيم رجلاً مقام المشتري ويقبض له الثمن كيلا يكون متطوعاً بما أعطى ويصير ماله بعرض الهلاك لو أقر المشتري بالشراء وقال: دفعتَ الثمن من غير أذني والشقص لي، فإذا كان القابض قبضه بأمر الحاكم صح قبضه في حقه.

وقال بعض أصحابنا: لا يحتاج إلى هذا فإن الشفيع يقول: دفعتُ الثمن إلى البائع للضرورة وحين أنكرت أذن لي الشرع بدفعه فصار كأني دفعت بإذنك. واعلم أن المزني صوَّر هذه المسألة حيث يكون البائع مع الإقرار بالبيع مقراً بالقبض والإقباض والمشتري منكر فيحتمل أن يكون هذا منه توسعاً في الكلام عند تصوير المسألة ولا فائدة في هذا التقييد ويحتمل أن يكون مراده بذكر هذا القبض قطع نوعٍ من التوهم وهو أن البائع إذا أقر بأن المشتري قبض الشقص والمشتري جاحد فعلى الشفيع [١٠٠/أ] تسليم الثمن إلى البائع وربما يتوهم متوهم أن البائع بعد اعترافه بالإقباض لا يستحق على الشفيع الثمن وليس

كذلك بل يستحق ذلك إذا لم يعترف بقبض الثمن لأن شقصه لا يزول عن ملكه إلا بثمنٍ يصل إليه إما من جهة المشتري، وإما من جهة الشفيع. ثم اعلم أن هذا التصوير الذي ذكره إنما يستقيم مع جوابه إذا كان المشتري معترفاً بأن الشقص الذي قبضه البائع ملك البائع حصل في يده عارية أو وديعة فأما إذا قال المشتري: هو ملكي فالجواب أن القول قوله مع يمينه، فإذا حلف المشتري نظر إلى الشفيع، فإن كان يصدق البائع في عين الشقص الذي حلف المشتري عليه فلا سبيل للشفيع على البائع لأن البائع غير متعدٍ بتسليم الشقص إلى المشتري، وإن كان الشفيع يكذّب البائع في العين ويقول: إن الشقص الذي اعترفت بالشفعة لي فيه غير هذا الشقص الذي حلف المشتري عليه فالقول قول البائع مع يمينه.

مسألة: قال: ولو كانَ للشِقصِ ثلاثةٌ شفعاءٍ فشهدَ اثنان[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا كانت الدار بين أربعة نفرٍ فباع أحدهم نصيبه من أجنبي وجاء الثلاثة يطالبون المشتري بالشفعة فادعى المشتري أن أحدهم عفا عن الشفعة وشهد له الشفيعان الآخران نظر، فإن كانا مقيمين على طلب الشفعة لم تقبل شهادتهما للتهمة لأنهما يجرّان إلى أنفسهما غُنماً وشهادة الجار إلى نفسه غنماً لا تقبل كما لا تقبل شهادة الدافع عن نفسه غُرماً، وإن كانا قد عفوا عن الشفعة قبلت شهادتهما لأنه لا تهمة عليهما، وإن كانا مقيمين على طلب الشفعة فرددنا شهادتهما ثم عفوا وأعادا الشهادة لم تقبل شهادتهما كالفاسقين إذا أعادا الشهادة بعد التوبة لا تقبل شهادتهما، وإن كان قد عفا أحدهما: دون الآخر قبلت شهادة [١٠٠/ب] العافي دون الذي لم يعف وقضينا بشهادته مع اليمين ومن الذي يحلف مع الشاهد نظر، فإن كان الذي ردت شهادته ما عفا عنها حلف مع شاهده واستحق الشفعة على المشتري لأنه لا شفيع غيره، فإن كان الذي ردت شهادته قد عفا عنها بعد ذلك حلف المشتري مع الشاهد وحصل الشقص له لأنه لم يبق من يطالب بالشفعة.

فرع

لو شهد البائع على الشفيع بالعفو قال ابن القفال في «التهذيب»: نظر، فإن كان لم يقبض الثمن من المشتري لم تقبل شهادته لأنه يجوز أن يفلس المشتري فيرجع البائع بالشقص فيكون قد أثبت بشهادته لنفسه حقاً، وإن كان قد قبض الثمن وسلم الشقص قبلت شهادته.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٩٧).

فرع آخر

لو شهد السيد على مكاتبه بالعفو عن الشفعة قبلت شهادته لأن ذلك شهادة عليه، وإن شهد بالشراء فيما للمكاتب فيه الشفعة تقبل شهادته أيضاً ذكره القاضي الطبري رحمه الله.

مسألة: قال: ولوْ ادعى الشفيعُ على رجلٍ أنهُ اشترى هذا الشقصَ الذيْ هوَ في يديه من صاحبهِ الغائبِ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا كانت دار بين رجلين **أحدهما**: حاضر والآخر غائب ونصيب الغائب في يد وكيل له حاضر ثم أن المالك الحاضر ادعى أن الوكيل الحاضر اشترى نصيب موكله بألفٍ وأقام بذلك شاهدين سمع الحاكم ذلك وقضى بالشراء وأوجب للحاضر الشفعة قال المزني رحمه الله: هذا قضاء على الغائب ووافقنا فيه الكوفيون وقد ناقضوا أصلهم، واختلف أصحابنا في هذا على وجهين:

أحدهما: أن هذا قضاء على غائب لأن الدعوى والشهادة عليه بالبيع.

والثاني: ليس هذا بقضاء على غائب لأن المزني لم يذكر أن يحلّف المدعي مع الشاهد فثبت أنه قضاء على وكيل حاضر، فإذا قلنا: أنه قضاء على حاضر فلا كلام وإذا قلنا: قضاء [١٠١/أ] على غائب نقول: هم ناقضوا لأنهم إنما يمنعون القضاء على غائب إذا لم يتعلق بحق حاضر، فأما إذا كان هناك خصم حاضر يقضى عليه وفي هذا الموضع خصم حاضر وهو الذي يدعي عليه أنه اشترى ثم الثمن لا يدعي هذا المشتري فيأتي فيه الأوجه الثلاثة، وإن لم يذكر البينة قبض الثمن قبض الحاكم الثمن من المشتري للبائع ومن الشفيع للشفيع للمشتري، واعلم أن المزني قيد هذه المسألة بذكر دفع الثمن ولا تتوقف الشفعة على دفع المشتري ثمن الشقص إلى البائع بل إذا انبرم البيع كانت الشفعة ثابتة فيحتمل أنه جعل ذلك بسطاً في عبارة الدعوى وتأكيداً، وكذلك في الشهادة فإن الشهود متى ما شهدوا عند الحاكم على أنه اشترى ودفع الثمن إلى البائع كانت شهادتهم أوضح لأن دفع الثمن بعد البيع دلالة ظاهرة على الانبرام.

مسألة: قال: ولو اشترى شِقصاً وهو شفيعٌ فجاء شفيعٌ آخرُ[١].

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/٢٩٨).

الفصل

وهذا كما قال: إذا كانت دار بين ثلاثة شركاء فباع أحدهم نصيبه من آخر فقد حصل بائع وشفيع هو المشتري فهل يستحق الشفيع المشتري الشفعة فيما اشتراه؟ قال المزني: هما في المبيع شريكان ولكل واحدٍ منهما نصف المبيع، واختلف أصحابنا فيه على وجهين قال أكثر أصحابنا كما قال المزني، وقال ابن سريج: للشريك الذي لم يشتر أن يأخذ الثلث كله بالشفعة وليس للمشتري أخذ شيء منه لأنا لو قلنا: تثبت له الشفعة لكان يأخذ من مال نفسه وذلك لا يجوز وبه قال الحسن البصري وعثمان البتي وهذا غلط لأن المشتري شريك كالآخر فليس لذلك أن ينفرد بجميع المشفوع. واعلم أنا لا نقول: إنه أخذ الشفعة من نفسه ولكن نقول: لا نقدم الشريك الآخر عليه لأنه لا مزية له عليه فيجعل للشريك الآخر أخذ النصف فحسب والنصف الآخر نقرّه في ملك المشتري لأنه شريك فإذا أقررناه حصل الملك بالابتياع لا نأخذه بالشفعة [١٠١/ب] وقال المزني في تعليل هذه المسألة لأنه مثله وليس له أن يلزم شفعته غيره فسمى ما يبقى في هذا المشترى شفعة له وهذه التسمية مجاز لا حقيقة لأن ما ملكه الإنسان بالشراء لا يسمى شفعة وإنما استجاز المزني إطلاق اسم الشفعة على الباقي من هذا الشقص لأنه يحتمله لو حصل لأجنبي بالشراء لا لواحدٍ من الشركاء كان لهذا الشريك المشتري فيه هذه الحصة من الشفعة فسماه شفعة على هذا المعنى والله أعلم.

فإذا قلنا بقول ابن سريج قلنا للشريك الآخر: لا شفيع ها هنا غيرك فأنت بالخيار بين أخذ الكل أو الترك وليس لك التبعيض وإذا قلنا بقول عامة أصحابنا: فإن اختارا كان الثلث بينهما نصفين، وإذا عفا الشفيع بقي الثلث كله للمشتري وإن قال المشتري: رضيت أن يأخذ الشفيع الكل لم يلزم الشفيع أن يأخذ الكل بل له أن يأخذ النصف ويترك النصف على ما ذكرنا فيما تقدم، فإن قيل: قد بعضتم الصفقة على المشتري قلنا: لأن المشتري لما دخل فيه رضي بالتبعيض، فإن قيل: إذا كان المشتري أجنبياً فجاء أحد الشفعاء لم يكن له تبعيض الصفقة على المشتري فما الفرق؟

قلنا: الفرق أن الشريك إذا اشترى كان بمنزلة أخذ الشقص بالشفعة وآكد منه كما إذا طلق الرجل امرأته طلقة واحدة ثم عقد النكاح عليها في حال العدة كان بمنزلة الرجعة عند بعض أصحابنا فإذا كان كذلك فإذا أخذ الشفيع بالشفعة لم يجز أن يلزم شريكه أخذ ما دخل في ملكه وليس كذلك الأجنبي إذا اشترى فإنه لم يملك شيئاً منه بما هو آكد من الأخذ بالشفعة مع كونه شريكاً فافترقا.

مسألة: قال: ولو شجَّهُ موضحةً عمداً(١).

الفصل

وهذا كما قال: إذا صالح من أرش الموضحة على شقصٍ فالكلام أولاً في الصلح ثم في الشفعة، وجملته أن الواجب في الموضحة خمس من الإبل أخماساً إن كانت خطأ أو أثلاثاً إن كانت شبه عمدٍ أو عمداً، فإن كانت عمداً فالوجوب على الجاني، [١٠٢/أ] وإن كانت خطأً أو عمد خطإٍ فالوجوب على العاقلة فإذا صالح، فإن كانت الإبل موجودة فإن لم يعرفا الأوصاف التي بقيت بها في الذمة وهي العدد والسّن وأنها من نتاج قومه أو بلده فصالحه منها على شقصٍ لم يصح الصلح، فإن عرفا الأوصاف الثلاثة فهل يصح؟ قولان: **أحدهما**: يصح لأنه لو أحضرها بهذه الأوصاف لزمه قبولها، **والثاني**: لا يصح لأن السَّلم فيها بهذا القدر لا يصح حتى توصف الألوان ونحوها مما يختلف الثمن لأجله، فإذا قلنا: الصلح صحيح يأخذ الشفيع بقيمة خمسٍ من الإبل أقلها قيمةً إذا كانت بالأوصاف التي ذكرناها، فإن لم تكن الإبل موجودة قال في القديم: تجب خمسون ديناراً أو ستمائة درهم، وقال في الجديد: يلزم قيمتها بالغة ما بلغت، فإن عرفا البدل المقدَّر ومقداره أو عرفا مقدار القيمة فصالحه منها صح الصلح ويأخذ الشفيع بمثل ذلك، وإن لم يعرفا أو عرف **أحدهما**: دون الآخر لم يصح الصلح ولا شفعة، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا كانت الجناية عمداً وقلنا: الواجب هو القود فحسب هل يصح الصلح مع كون الدية مجهولة عند المتعاقدين؟ قولان بناءً على أن مطلق العفو هل يوجب المال أم لا؟ فإن قلنا: لا يوجب جاز وكأن المصالحة وقعت عن نفس القود وهو معلوم، وإن قلنا: يوجب المال لم يجز إلا أن يكون معلوماً على ما ذكرنا لأنه مصالحة عن المال.

مسألة: قال: ولوْ اشترى ذميّ منْ ذمي شِقصاً بخمرٍ(٢).

الفصل

وهذا كما قال: إذا اشترى مشرك من مشرك شقصاً فإن للشريك المشرك أن يطالب بالشفعة إن كان الثمن حالاً والعقد صحيحاً، وإن تبايعا بخمرٍ أو خنزير فلا شفعة، فإن كانوا تعاقدوا أو تقابضوا وسلَّم المشتري الشقص لم نتعرض لهم فيه ولو كان الشريك مسلماً لا شفعة له وإن تقابضوا لأنه لا عوض هناك يمكن أخذها منه، وقال أبو حنيفة: له الشفعة

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٠٠).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٠٢).

بقيمة الخمر وللذمي الشفعة بمثل الخمر بناءً على أصله أن الخمر مال [١٠٢/ب] لهم وهذا غلط لأنه وقع العقد بثمنٍ حرامٍ فلا شفعة كما لو وقع بميتة أو دم.

مسألة: قال: والمسلمُ والذميُّ فيْ الشفعةِ سواءٌ[١].

وهذا كما قال: إذا باع ذمي شقصاً من ذمي وكان شريكه فيه مسلماً يستحق الأخذ بالشفعة، ولو باع من مسلم وشريكه ذمي فالذمي يستحق الشفعة على المسلم وبه قال كافة العلماء، وقال الشعبي والحسن وعثمان البتي والحارث العكلي وأحمد والحسن بن صالح بن حي: لا شفعة للذمي على المسلم لما روي أن النبي ﷺ قال: «لا شفعة لذمي على مسلم»[٢]، وروي: «لا شفعة لنصراني»[٣] وهذا غلط للعمومات الواردة في الشفعة ولأنه خيار يثبت لدفع الضرر عن المال فاستوى فيه المسلم والذمي كالرد بالعيب، وأما الخبر لا أصل له.

فرع

تثبت الشفعة للبدوي على الحضري خلافاً للشعبي وتثبت الشفعة للغائب على الحاضر خلافاً للنخعي وتثبت الشفعة في دور مكة، وقال أبو حنيفة: لا تثبت بناءً على قوله: لا يجوز بيعها.

فرع

آخر لو كان أحد الشريكين غائباً وله وكيل فقال الوكيل: قد اشتريت منه نصيبه فهل يكون للحاضر أخذه بالشفعة، قال ابن سريج: فيه وجهان **أحدهما**: ليس له لأن إقراره لا يقبل على موكله ويكتب الحاكم إلى حاكم البلد الذي فيه الغائب ليستدعيه ويسأله عنه، **والثاني**: يؤخذ منه بالشفعة وبه قال أبو حنيفة ويذكر الحاكم في السجل صورة الحال وينظر في الغائب فإن صدَّقه صح أخذه السابق، وإن كذّبه ولا بينة هناك كان القول قوله مع يمينه، فإذا حلف استحق الشقص وأجرة المثل في مدة ما أمسكه الشريك وأرش النقص إن دخل فيه النقص وهل يرجع الشفيع على الوكيل لأنه غرَّه؟ وجهان وقد مضى نظير هذه المسألة.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٠٢).

(٢) لم أجده.

(٣) أخرجه الطبراني في «الصغير» (٥٦٩) (١/ ٣٤٣).

فرع آخر

لو أحل المشتري البائع على الشفيع بثمن الشقص فوزنه له عن المشتري برئ المشتري من الثمن ومن الشفعة.

فرع آخر

لو [١٠٣/أ] اشترى رجل من رجل شقصاً وله شفيعان فقال المشتري: اشتريته لأحدهما: فصدقه المشترى له وكذبه الآخر وقال: بل اشتريته لنفسك كان الشقص بين الشفيعين نصفين لأن للمكذب أن يأخذ نصف الشقص سواء اشتراه لنفسه أو لشريكه وعلى ما قال ابن سريج: أنه لا يكون للمشتري الشريك شفعة يجب ها هنا أن لا يكون للمكذب شفعة لأن شراء الشريك بتصادقهما عليه ولم يوجد ذلك، ولو قال الأخ المكذب: حلّفوا أخي أن الشقص اشتري لي لم يحلّف لأنه لا فائدة في استحقاقه على ما بيناه من أن الحكم لا يختلف بين أن يكون اشتراه لنفسه أو للشريك.

فرع آخر

لو قال المشتري في هذه المسألة: اشتريت هذا الشقص من رجل لا يملكه فصدقه أحد الأخوين وكذبه الآخر لا شفعة للمصدق لأنه أقر أنه لا يملكه، ولو قال: ملكت هذا الشقص بهبةٍ فصدقه أحدهما: في ذلك وكذبه الآخر وقال: ملكته بالابتياع بطلت شفعة المصدق لأنه أقر أنه ملك بالهبة ولا شفعة في الهبة، وأما المكذب يدعي أنه ملك الشقص بابتياع وأنه يستحق عليه الشفعة فيه وهو ينكر فإن أقام المدعي بينة بالبيع استحق وإلا فالقول قول المنكر مع يمينه ولا شفعة.

فرع آخر

لو اشترى شقصاً فيه شفعة فمات الشفيع وله وارثان فقال المشتري: إن الوارثين قد عفوا ولا بينة له بذلك فأنكرا فحلف الواحد ونكل الآخر لم يكن للمشتري أن يحلف من أجل نكول الناكل، لأنه لو صح عفوه كان للذي لم يعف أن يطلب جميع الشقص بالشفعة فلا يفيده اليمين شيئاً فإذا ثبت هذا فإن الوارث الحالف لا يستحق الكل إلا بيمين منه لقد عفا صاحبه هذا الناكل عن اليمين، فإذا حلف أخذ الكل، وإن لم يحلف كان الناكل على شفعته وأخذا معاً ذكره ابن الحداد.

فرع آخر

لو اشترى [١٠٣/ب] شقصاً فيه شفعة ثم ارتد فقتل أو مات قبل رجوعه إلى الإسلام كان للشفيع الأخذ بالشفعة لأنها وجبت له ويكون المطالب بذلك الإمام أو من ينوب عنه، وهكذا لو ارتد الشفيع وقتل بالردة أو مات كانت الشفعة للمسلمين والنظر في ذلك إلى الإمام.

فرع آخر

لو بيع شقصٌ وله شفيعان فعفا أحد الشفيعين والآخر غائب ثم مات الغائب والحاضر العافي وارثه كان له أن يأخذ بالشفعة، لأنه وإن عفا فإنما يأخذها من وجهٍ غير الوجه الذي عفاها منه، وكذلك لو شهد شاهد بدين لأبيهما فقال أحدهما: لا أحلف مع الشاهد فمات أخوه وهو وارثه كان له أن يحلف ويأخذ ما يصيب الأخ من الدين لأن هذا ليس أبى اليمين عليه ذكره ابن الحداد، وعلى هذا لو ورث رجلان الشفعة عن أبيهما فعفا أحدهما: ثبت للآخر استيفاء الكل فإن مات والعافي وارثه ثبت له استيفاؤه بالنيابة من موروثه.

فرع آخر

لو كانت الأرض بينهما نصفين فباع أحدهما: قطعةً بعينها بطل البيع في نصيب شريكه وهل يبطل في نصيب نفسه؟ قولان فإذا قلنا: لا يبطل أخذه شريكه بالشفعة فيكون له نصف تلك القطعة المبيعة بالشفعة.

فرع آخر

لو كان في يد رجل نصف دار فادعى مدعٍ عليه أنه يستحق سدسها فأنكر المدعى عليه وانصرف المدعي ثم قال له المدعى عليه: خذ مني السدس الذي ادعيته منها بسدس دارك فأجابه إلى هذا صح ولم يكن صلحاً على الإنكار ووجبت الشفعة للشفيع يأخذها من المدعي بقيمة سدس داره.

فرع آخر

لو كانت دار بين شريكين نصفين فوكل **أحدهما**: شريكه في بيع نصف نصيبه وهو ربعها وقال: إن اخترت أن تبيع نصف نصيبك مع نصيبي صفقةً واحدةً فافعل فباع الوكيل نصفها الربع بحق الوكالة والربع بحق الملك صح في الكل [١٠٤/أ] والموكل شريك حين بيع نصيب الوكيل والوكيل شريك حين بيع نصيب الموكل فللموكل الشفعة فيما باعه الوكيل

من نصيب نفسه وهل للوكيل الشفعة فيما تولى بيعه من نصيب الموكل؟ قد ذكرنا وجهين.

فرع آخر

إذا اشترى بعيراً وشقصاً بعبدٍ وجاريةٍ وقيمة البعير والشقص مائتان كل واحدٍ منهما مائة وكذلك العبد والجارية قيمتهما مائتان كل واحدٍ منهما مائة تثبت الشفعة في الشقص بنصف قيمة العبد والجارية فإن تلف البعير قبل القبض بطل فيه العقد، وهل يبطل في الشقص على القولين في تفريق الصفقة؟ فإن قلنا: يبطل بطل في الكل وسقطت الشفعة وإن قلنا: يصح في الشقص صح فيه بنصف العبد والجارية وأخذه الشفيع بقيمة ذلك، وإن تلف العبد بطل العقد فيه وهل يبطل في الجارية؟ على طريقين فإذا قلنا: يصح في الجارية بطل العقد في نصف البعير ونصف الشقص وأخذ الشفيع نصف الشقص بنصف قيمة الجارية.

فرع آخر

قال ابن سريج: لو كانت دار بين اثنين فادعى أحد الشريكين على الآخر بأن النصف الذي في يده اشتراه من زيد وصدّقه زيد على ذلك، وقال الشريك: ما اشتريته وإنما ورثته من أبي ولا شفعة لك فأقام الشفيع شاهدين شهدا بأن زيداً ملك هذا الشقص ميراثاً عن أبيه ولم يشهدا بأكثر من ذلك، قال محمد بن الحسن: تثبت الشفعة للشفيع ويقال له: إما أن تدفع الشقص إليه وتأخذ الثمن أو ترده على البائع ليأخذه الشفيع من البائع ويأخذ الثمن فيدفعه إليك قال: وإنما كان كذلك لأن الشاهدين شهدا لزيد بالملك وعليه بالبيع، وقال ابن سريج: هذا غلط ولا شفعة لهذا المدعي بذلك لأن البينة لم تشهد بالبيع، أما إقراره فليس بينه وبين المشتري منازعة فثبت إقراره وإنما نقرّ [١٠٤/ب] على المشتري بالشفعة وليست الشفعة من حقوق العقد على البائع فلا يقبل فيها قول البائع ولا شهادته مقبولة لأنه يشهد على فعل نفسه قال: وهذا بمنزلة أن يحلف رجل: إني ما اشتريت هذه الدار من زيد فيقول زيد: أنا بعتها منه وقد كانت ملكاً لزيد فإنه لا يقبل إقراره عليه في الحنث في يمينه كذلك ها هنا.

فرع آخر

لو كانت الدار بين أربعةٍ أرباعاً اشترى اثنان منهم من واحدٍ نصيبه وهو الربع استحق الذي لم يشتر عليهما الشفعة واستحق كل واحدٍ من المشتريين الشفعة على صاحبه. وفرع أبو العباس هذا على ما قاله المزني من أن المشتري إذا كان شريكاً لا يسقط حقه من الشفعة وجعل الدار ثمانية وأربعين سهماً، فالربع اثنا عشر بينهما، وذكر فيها أربع مسائل إحداها أن

يطالب كل واحدٍ منهم بشفعته فيقتسمون المبيع أثلاثاً فيحصل لكل واحدٍ منهم أربعة أسهم. والثانية أن يعفو كل واحدٍ من المشتريين عن صاحبه ويطالب الذي لم يشتر فإنه يأخذ من كل واحدٍ منهما نصف ما في يده لأنه فيما اشتراه كل واحدٍ شريكه في الشفعة إذ لا شفعة فيه إلا لهما فيحصل للذي لم يشتر نصف السهم ستة أسهم، ولكل واحدٍ من المشتريين ثلاثة أسهم. والثالثة أن يعفو الذي لم يشتر خاصةً فكل واحدٍ من المشتريين يأخذ نصف ما في يده فيكون ذلك بقدر ما اشتراه لكل واحدٍ ستة أسهم. والرابعة أن يعفو الذي لم يشتر عن أحدهما: دون الآخر فإنه يأخذ ممن لم يعف عنه سهمين ويبقى معه أربعة يأخذ منهما المعفو عنه سهمين، ويأخذ الذي لم يعف عنه من المعفو عنه ثلاثة أسهم نصف ما في يده لأنه لا شفيع في هذا السهم سواهما فيحصل مع كل واحدٍ [١٠٥/أ] منهما على خمسة ومع العافي سهمان. وفرع أبو العباس على ذلك إذا كان أحدهما: حاضراً والآخر غائباً والحكم في ذلك على ما ذكرنا فلا فائدة في تكراره.

فرع آخر

قال ابن الحداد: ولو كانت دار بين ثلاثة نصفها لأحدهم والنصف الآخر بين الآخرين نصفين فاشترى صاحب النصف من أحد شريكيه ربعه، والثالث: غائب، ثم باع صاحب الثلاثة أرباع، ربعاً منها لرجلٍ ثم قدم الشريك الغائب كان له أن يأخذ ما يحصه من البيع الأول بالشفعة، ويأخذ المبيع الثاني جميعه لأنه لا شفيع فيه سواه، فإن أراد أن يأخذ حقه من الأول وعفا عن الثاني قال ابن الحداد: أخذ من المشتري الثاني سهماً من ستة، ومن الأول سهمين من ستة فرض الربع ستة أسهم والأصل أربعة وعشرون لأنه أقل عدد ينقسم منه وإنما كان كذلك لأن صاحب النصف لما اشترى الربع كان الربع المشترى بينه وبين الشريك الغائب نصفين وهذا على المذهب، والمشهور في أن المشتري يشارك الشفيع إذا كان شريكاً فيما اشتراه وعلى أحد القولين في أن الشفعة على عدد الرؤوس فإذا باع الربع مما في يده وفي يده ثلاثة أرباع فقد باع ثلث ما في يده وهو ستة اسهم وبقي في يده اثنا عشر سهماً وللغائب بشفعته ثلاثة أسهم فإذا قدم أخذ من المشتري سهماً ثلث ما استحقه لأنه حصل له ثلث ما كان في يد بائعه وأخذ من الأول سهمين. فأما إذا قلنا: إن الشفعة على قدر الأنصباء فالذي يستحق الغائب سهمان من الستة لأن ملكه مثل نصف ملك المشتري حصل في المبيع من السهمين ثلثها فيأخذ من المشتري الأول سهماً وثلثاً، ومن الثاني ثلثي سهم هذا إذا عفا عن الثاني، وإن عفا عن الأول فأخذ من البيع الثاني أخذ من المشتري ما اشتراه وهو [١٠٥/ب] ستة أسهم لأن شريكه بائع فلا تثبت له الشفعة، وإن أراد أن يأخذ الشفعة بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وأخذ من الأول إن قلنا: إن الشفعة على عدد

الرؤوس سهمين، وإذا قلنا: على قدر النصيب سهماً وثلثاً.

فرع آخر

قال ابن الحداد: إذا اشترى شقصاً فيه شفعة وأوصى به ومات ثم جاء الشفيع والموصى له يطالبان به كان للشفيع، ويدفع الثمن إلى الورثة دون الموصى له لأنه لم يوص له إلا بالشقص وقد سقط حقه.

فصل

في الحيل في إبطال الشفعة بالجوار مباحة قبل العقد وبعده لأنها حيلة في إبطال ما ليس بواجبٍ، وأما الحيلة في إبطال الشفعة بالمشاركة نظر، فإن كان بعد وجوبها لا يحل ذلك لأنه حق وجب، وإن كان قبل وجوبها قال ابن سريج: يكره ذلك فإن فعل صح، وقال أبو بكر الصيرفي في كتاب «الحيل»: هو مباح. ومن جملة الحيل ما يُزهِّد الشفيع في الأخذ لكثرة ثمنها مثل أن يكون ثمن الشقص مائة فيشتريه بألف ثم يدفع المشتري إلى البائع بالثمن ما قيمته مائة كالثوب ونحوه فيكون الثمن ألفاً والذي دفع مائة أو يبيع من الذي عزم على البيع جارية وهي تساوي مائةً فإذا ثبت الألف على البائع أخذ منه شقصاً بالألف الذي هو ثمن الجارية فيملكها المشتري بألفٍ وهي تساوي مائة فلا ينشط الشفيع لأخذه، إلا أن في المسألة الأولى الغرر يكون على المشتري للشقص لأنه يثبت عليه الألف وربما لا يرضى البائع أن يأخذ منه ما يساوي مائة، وفي المسألة الثانية الغرر على بائع الشقص لأنه ربما لا يختار صاحب الجارية أن يأخذ منه الشقص بألفٍ فيبقى الجارية التي تسوى مائة بألفٍ في يده وهذا اتفاقٌ، ومن ذلك أن يشتري بألفٍ وقيمتها مائة ثم يبريه عن تسعمائة وفيه [١٠٦/أ] غرر على المشتري أيضاً وهذا عند الشافعي ومن ذلك أن يهب البائع الشقص من المشتري ويهب المشتري الثمن من البائع.

ومنها أن يكون الثمن جزافاً فيزن مائةً في التقدير ويطرح فيها شيئاً من الفضة جزافاً فلا يعلم مبلغ الثمن، فإذا جهل مبلغه سقطت الشفعة.

ومنها أن يشتري نصيب البائع من بناء الدار سوى العَرصة فلا شفعة ثم يهب نصيبه من العرصة فلا شفعة أيضاً.

ومنها أن يكون الشقص يساوي ألفاً فيبيع نصفه منه ويهب منه النصف ويكتب الوثيقة أنه باع نصفه منه بألفٍ ووهب النصف فلا يستحق الشفيع الموهوب ويأخذ المبيع بالألف ولا يرضى بذلك فيترك الشفعة وهذا أسلم.

وأما الحيل على قول أبي حنيفة أن الشفعة تثبت للجار هو أن يهب له بعض الدار ثم يشتري ما بقي أو يشتري منه كل الدار إلا العرصة التي عليها سور الدار، فإذا لم يدخل ذلك في البيع لم تجب الشفعة للجار ثم يقر له بالعرصة، أو يشتري كل البناء دون العرصة ثم يهب له العرصة فالشفعة في كل هذا لا تجب. فإن كان قراحاً اشتراه إلا قدر شبراً أو ذراع من جانب الشفيع فيزول الملاصقة وتسقط الشفعة إذا لم يكن شريكاً في الطريق ومن هذا الجنس كثير وفيما ذكرناه كفاية وبالله التوفيق.

كتاب القراض[1]

قال: وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه الخبر وهذا كما قال: اعلم أن عقد القَراض جائز وهو أن يدفع إلى رجل دراهم أو دنانير ليتجر فيها فما يرزق الله تعالى من الربح بينهما على ما يتشارطانه ويسمى هذا العقد باسمين القَراض والمضاربة، والقراض اسم حجازيٌّ، والمضاربة [١٠٦/ب] اسم عراقيٌّ. واشتقاق القراض من القَرض الذي هو القطع، ولهذا سمي المقراض مقراضاً فمعناه قطع ربّ المال من ماله قطعةً ويُسلمها إلى العامل ثم قطع للعامل قطعةً من الربح.

وقيل: اشتقاق القراض من المقارضة التي هي الموازاة والمساواة يقال: تقارض الشاعران إذا تناشدا ووازن كل واحدٍ منهما الآخر بشعره، وقال أبو الدرداء: قارض الناس ما قارضوك فإن تركتهم لم يتركوك على هذا المعنى وهذا لأن المال من أحدهما: والعمل من الآخر، ويحتمل أن يكون ذلك لاشتراكهما في الربح. واختلفوا في اشتقاق المضاربة فقيل: هو من الضرب في المال بالتصرف والتقليب برأيه واجتهاده يقال: فلان يضرب الأمور ظهراً لبطن ومنه قوله تعالى: ﴿وإذا ضربتم في الأرض﴾ [النساء: ١٠١] أي: تصَّرفتم فيها بالسفر.

وقيل: هو من ضرب كل واحدٍ منهما في الربح بسهمٍ. وأما التسمية فالمقارِض بكسر الراء رب المال لأنه هو الذي يضرب بالمال ويقلبه يقطعُ قطعة من ماله والمقارَض بفتح الراء العامل في المضاربة يقال للعامل: مضارب بكسر الراء لأنه هو الذي يضرب بالمال ويقلِبُه ولم يشتق لرب المال من المضاربة اسم بخلاف القراض. وقال بعض أصحابنا: هو اسم رب المال وبه قال جماعة من العلماء وهو غلط لما روي عن عليّ رضي الله عنه أنه قال: إذا خالف المضارب فلا ضمان هما على ما شرطا»[2] والمخالفة أبداً من جهة العامل. فإذا تقرر هذا فالأصل في جواز القراض الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وآخرون يضربون في الأرض﴾ [المزمل: ٢٠] الآية.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٠٥).

(٢) ذكره ابن قدامة في «المغني» (٥/ ١٦).

وأما السنة فما روي أن النبي ﷺ ضارب [١٠٧/أ] خديجة رضي الله عنها بأموالها إلى الشام وأنفذت معه لخدمته عبداً لها يقال له مَيسرة.

وقال ابن عباس رضي الله عنه: كان العباس رضي الله عنه إذا دفع مالاً مضاربةً اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبدٍ رطبةٍ فإن فعل فهو ضامن فرفع شرطه إلى النبي ﷺ فأجازه[١].

وأما الإجماع ما ذكره الشافعي رحمة الله عليه عن عمر رضي الله عنه وتمام الحديث أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر رضي الله عنهم لما انصرفا من غزوة نهاوند اجتازا بالعراق وعليها أبو موسى الأشعري رضي الله عنه فقال لهما: إني أريد أن أصلكما بشيء وليس عندي ما أصلكما به ثم قال: نعم عندي من مال بيت المال مائة ألف درهم فأعطيكماها لتتجرا بها وتُسلما المال إلى أمير المؤمنين بالمدينة والربح لكما فأخذا المال واشتريا به من متاع العراق فربحا فيه بالمدينة ربحاً كثيراً ثم أخبرا عمر بذلك فقال: أوَ أعطى كل رجل من المسلمين مثل ما أعطاكما؟ قالا: لا فقال عمر: أبناء أمير المؤمنين إنما أعطاكما لمكانكما مني فأدَّيا المال والربح اجعله في بيت المال، فسكت عبد الله ولم يراجع أباه بشيء، وقال عبيد الله وهو أصغرهما: أرأيت لو تلف هذا المال أما كان من ضماننا قال: نعم قال: فالربح إذا فأعاد عمر كلامه فراجعه عبيد الله فقال عبد الرحمن بن عوفٍ رضي الله عنه: يا أمير المؤمنين لو جعلته قَراضاً ففعل فأخذ منهما المال ونصف الربح[٢].

فإن قيل: كان المال قَراضاً فكيف جعله قراضاً؟ قلنا: قال أصحابنا: كان قرضاً صحيحاً لأن أبا موسى أراد أن يحمله [١٠٧/ب] إلى المدينة وخاف عليه فجعله قَرضاً وكان الربح لهما، ولكن عمر رضي الله عنه استطاب قلبهما عن نصف الربح وللإمام أن يفعل ذلك بطيب قلب الصاحب والغرض التورع من أنه تقرب إليهما لمكانه، ولهذا قال: كأني بأبي موسى يقول: أبناء أمير المؤمنين، ومن أصحابنا من قال: كان قرضاً فاسداً إذ كان شرط رد المال بالمدينة فحكمه حكم المغصوب غير أن عمر رضي الله عنه رآها أهلاً لوضع بعض مال بيت المال فيهما والربح للمغصوب منه على أحد القولين. وقيل كان قَراضاً فاسداً وبلغ أجر مثلهما نصف الربح.

وقال الشافعي في كتاب اختلاف العراقيّين: روى أبو حنيفة عن حميد بن عبد الله بن

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٣٩١) (٦/١١١).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (١٣٧٢).

عبيد عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أعطاه مال يتيم مضاربةً وكان يعمل به في العراق(١).

وروى الشافعي أيضاً عن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن جده أن عثمان رضي الله عنه قارضه(٢).

وروى قتادة عن الحسن أن علياً رضي الله عنه قال: إذا خالف المضارب فلا ضمان هما على ما شرطا(٣).

وروي عن ابن مسعودٍ وحكيم بن حزامٍ أنهما قارضا(٤) والمسلمون أجمعوا على جوازه فلا يحل مخالفتهم. واعلم أن المشهور في جواز القَراض إجماع الصحابة والأشبه أن هذا الإجماع انعقد فيما بينهم عن ضربٍ من القياس على المُساقاة والخبر في المساقاة مشهور عن رسول الله ﷺ ووجه القياس ظاهر وهو أن الأشجار لا تؤاجر حتى يرتفق صاحبها بأجرتها فوردت الشريعة بنوع معاملةٍ مخصوصةٍ عليها يكون سبباً لتوفر مرافقها على مالكها والدراهم والدنانير بهذه المثابة لأنها غير قابلة عقد الإجارة [١٠٨/أ] فكان عقد المضاربة سبباً لتوفر مرافقها على مالكها، وفي أثر عمر رضي الله عنه دليل على الوالي إذا أراد إيصال المال إلى حضرة الخليفة يجوز له إسلافه ويجوز للقابض تسلفه لأن ذلك من النظر وهو أولى من أن يبعث إلى حضرته أمانةً.

مسألة: قال: ولا يجوزُ القِراضُ إلا في الدراهِمِ والدنانيرِ(٥).

الفصل

وهذا كما قال: يجوز القراض في الدراهم والدنانير ولا يجوز فيما عداهما سواء كان له مثل أو لا، وقال طاووس وابن أبي ليلى والأوزاعي: يجوز على العروض كلها، فإن كان له مثلٌ رد مثله عند المفاصلة، وإن لم يكن له مثل رد قيمته لأنه يجوز أن يكون ثمناً فجاز أن يكون رأس مال القراض وهذا غلط فإن موضوع القراض على أن لا يقتسما من الربح شيئاً ما لم يسلم إلى رب المال رأس المال، وأن لا يجوز لأحدهما: أن ينفرد بجميع الربح

(١) ذكره الزيلعي في «**نصب الراية**» (٤/ ١١٤).
(٢) ذكره ابن قدامة في «**المغني**» (٥/ ١٦).
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) ذكره ابن قدامة في «**المغني**» (٥/ ١٦).
(٥) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٠٧).

وأن لا يستحق من الربح شيئاً إلا بعلمه وأن يكون المال من أحدهما: والعمل من الآخر، فإذا تعاقدا القراض على شيء من ذلك، فإن كان مما له مثلٌ فأراد أن يعزلا مثل رأس المال فيجوز أن يكون قد زاد في حال المفاصلة سعره فلا يمكن شراء مثل رأس المال إلا بجميع ما في يد العامل من المال فيؤدي إلى أن ينفرد رب المال بجميع الربح وهذا لا يجوز، وإن كان مما لا مثل له فيجب أن يعزلا القيمة التي كانت السلعة وقت عقد القَراض ويجوز أن يكون قيمتها قد زادت قبل تصرف العامل فيستحق جزءاً من الربح قبل التصرف، ويجوز أن يكون قد نقصت فيحتاج أن يتمَّها من حصته من الربح وذلك يؤدي إلى أن يكون من جهته جزء من رأس المال وهذا كله مخالف لموضوع عقد القراض، فإن قيل: يبطل هذا بالدنانير فإن قيمتها تختلف وتزيد وتنقص قلنا: قيمة الدنانير بالفضة لا يختلف وإن زادت قيمتها لعارضٍ فالزيادة يسيرة لا حكم لها.

فإن قيل: أليس جوَّزتم الشركة فيما له مثل من الحبوب والأدهان [١٠٨/ب] فما الفرق؟ قلنا: الفرق أن الشريكين إذا عزلا رأس المال عند المفاصلة، فإن كانت قيمتها زائدة فالزيادة لهما، وإن كانت ناقصةً فالنقصان عليهما فلا يؤدي إلى استبداد أحدهما: بالربح وليس كذلك في القراض فإنه يؤدي إلى استبداد رب المال بجميع الربح على ما بيناه فافترقا.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل يجوز القراض في ذوات الأمثال؟ وجهان وليس بشيء.

فرع

قال الشافعي رحمة الله عليه: إذا دفع رجل إلى رجل سبيكة من ذهبٍ أو فضةٍ وجعلها رأس المال في القراض لا يجوز ولفظه في «المختصر» ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير التي هي أثمان الأشياء وقيمتها والسبيكة والنُقرة ليست منها فلا يجوز لأنها متقوّمة ويضمن عند الإتلاف بالقيمة وهو المشهور عن أبي حنيفة، وحكي عنه جوازه في النقرة.

فرع آخر

لا يجوز في الدراهم المغشوشة قليلاً كان الغش أو كثيراً، وقال أبو حنيفة: إن كان الغش أكثر من النصف لا يجوز، وإن كان أقل يجوز لأن الاعتبار بالغالب في الأصول وهذا غلط لأنها مغشوشة فأشبه إذا كان الغش أكثر، وأما اعتبار الغالب لا يصح لأن المقصود مجهول غالباً كان أو مغلوباً.

فرع آخر

لا يجوز في الفلوس وإن تعامل بها بعض أهل البلاد وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف، وقال محمد: يجوز استحساناً، ويحكى هذا عن أبي حنيفة لأنه ثمن في بعض البلاد وهذا غلط لأنه ليس بثمنٍ غالباً فأشبه الثياب.

فرع آخر

لو دفع إليه شبكةً ليصطاد بها ويكون الصيد بينهما نصفين لم يجز فإن اصطاد كان الصيد له ولصاحب الشبكة أجر مثلها، وكذلك لو أعطاه غزلاً لينسجه وما يحصل من الربح بينهما نصفين لم يجز والثوب لصاحب الغزل وللحائك أجر مثله، وكذلك لو دفع بغلاً إلى رجل وقال: آجره [١٠٩/أ] فيما ترى واعمل عليه وانقل عليه ما ترى من لبن وطين وغير ذلك فما كان من فضلٍ فهو بيننا فالقراض فاسدٌ والفضل كله لصاحب البغل وللعامل أجر مثله.

فرع آخر

لو دفع إليه كرّ حنطةٍ مضاربةً على أن يشتري به ويبيع فما رزق الله من شيءٍ فهو بينهما كانت المضاربة فاسدةً، فإن اشترى وباع وربح أو خسر فالربح لرب المال والخسران عليه، وللعامل أجر مثله فيما عمل.

فرع آخر

لو دفع إليه عرضاً وقال: بعه فإذا نضَّ ثمنه فقد قارضتك على ثمنه لم يجز، وقال أبو حنيفة: يجوز وهذا غلط لأنه عقدٌ لا يصح على المجهول فلا يصح تعليقه بالشرط كالبيع ولأن ثمنه مجهول فلا يجوز عليه القراض ولأنه عقد مضاربةٍ على دراهم يحصل في الثاني فأشبه إذا قال: قارضتك على دراهم أرِثُها ونحو ذلك.

فرع آخر

لو قال: وكلتك في بيع هذه السلعة وصرف ثمنها في سلعةٍ أخرى وصفها كان التوكيل في البيع صحيحاً وفي التوكيل بالشراء قولان فإن قلنا: يصح فالفرق أن من شرط عقد القراض وجود المال وليس ها هنا مال، وأما الوكالة فعقدها يصح على غير مالٍ لأنه إذا قال: وكلتك في أن يشتري عبداً أو ثوباً ولم يسلم إليه مالاً يصح الوكالة فدل على الفرق.

فرع آخر

لو كان له في يد رجل وديعة فقارضه عليه صح القراض لأنه في يد العامل أمانة فهو بمنزلة كونه في يد ربّ المال ولو كان في يده مال غصبه عليه فقارضه عليه فيه وجهان **أحدهما**: لا يصح لأن مال القراض أمانة وهذا المال في يده مضمون عليه فلا يوجد فيه معنى القراض، **والثاني**: وهو المذهب يصح لأنه مقبوض له كالوديعة، وأما ما ذكره لا يصح لأن الشافعي قال: إذا رهن عنده المال المغصوب يصح، وإن كان مقتضى الرهن الأمانة فكذلك إذا تعدى العامل باستعمال القراض ضمن والقراض [١٠٩/ب] بحاله.

فرع آخر

لو أبرأه من ضمانه ثم قارضه عليها قال في «الحاوي»: يجوز وجهاً واحداً لأنه صار وديعة بالإبراء والوجهان إذا لم يصرح بالإبراء وإذا قلنا: إنه باطل فما يحصل من الربح والخسران فلربّ المال لأنه عمل فيه بإذنه.

فرع آخر

إذا قلنا: إنه يصح فيه قال أصحابنا: إذا اشترى شيئاً به للقراض وسلم إلى البائع صح وبرئ من ضمانه لأنه سلمه بإذن صاحبه وقبل تسليمه إلى البائع يكون مضموناً عليه، وقال أبو حنيفة ومالك: يزول عنه ضمان الغصب بنفس عقد المضاربة كما قال في الرهن، وقال في «الحاوي»: فيه ثلاثة أوجه **أحدها**: برئ من ضمانه بالعقد لأنه صار مؤتمناً عليه، **والثاني**: لا يبرأ كما لا يبرأ بالارتهان، **والثالث**: ما لم يتصرف فيه فضمانه باقٍ، وإذا تصرف فيه ودفعه في ثمن ما ابتاعه به برئ من ضمانه إن عقد عليه بعينه ولم يبرأ إن عقد عليه في ذمته لأن في التعيين مدفوع إلى مستحقه بإذن مالكه فصار كرده عليه وفيما تعلق بذمته يكون مبرئاً لنفسه فلا يبرأ.

فرع آخر

إذا كان له في ذمة رجل مال فقال له: اعزل المال الذي في ذمتك وقد قارضتك عليه بكذا وكذا فعزل المال لم يصح تعيينه بالدين لأنه لا يجوز أن يكون قابضاً لغيره من نفسه ولا يبرئ ذمته بيده ويكون الدين باقياً في ذمته فإن اشترى شيئاً للقراض نظر، فإن اشتراه بعين المال كان ملكاً له ولم يكن قراضاً لأن المال ملكه فنيّته القراض لا تؤثر في الشراء، وإن اشترى شيئاً للقراض بثمنٍ مطلقٍ ودفع المال فيه اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: يكون المشتري للقراض ويكون قراضاً فاسداً لأنه علقه بشرطٍ وهو عزل المال الذي في ذمته

فهو كما لو قال: بع هذا العبد واجعل ثمنه قراضاً وقد برئ من الدين بدفع ثمن ما اشتراه كأنه دفعه بإذن صاحبه وله أجر المثل والربح لرب الدين، ومنهم من قال: وهو الأصح [١١٠/أ] لا يكون قراضاً لا صحيحاً ولا فاسداً وما اشتراه له ولا يصح أن يشتري بنية القراض إلا إذا كان في يده مال القراض وهذا المال الذي في يده، فإذا اشترى وقع الشراء له ويكون الدين باقياً في ذمته وهكذا الحكم إذا قال: قارضتك في الدين الذي عليك، وذكر القاضي الطبري عن ابن سريج أنه قال: هل يصح القراض في الدين الذي عليه؟ وجهان **أحدهما**: ما ذكرنا، **والثاني**: يصح لأنه بمنزلة الوكيل فهو كما لو قال: اشتر لي سلعةً بألفٍ ثم قال: ادفع الألف الذي عليك في ثمنه وهذا غير مشهور.

فرع آخر

لو قال: قارضتك في مالي على فلان وهو ألف على أن تتقاضى وتأخذ ثم تتصرف فيه والربح بيننا كان فاسداً وللعامل أجر المثل في التقاضي والتصرف بعد الأخذ والربح والخسران للآمر وإنما بطل، لأنه شرط عليه عملاً سوى عمل القراض والفرق بين هذه المسألة وبين التي قبلها حيث قلنا: الربح والخسران هناك للعامل أن هناك قبضه من نفسه فاسد لأنه يصير مبرئاً لنفسه بنفسه فعاد الربح إليه لحدوثه من ملكه وها هنا وكيلٌ فيه لرب المال وكان الربح له، ولو كانت المسألة بحالها ولم يشترط عليه أن يقبض بل قال: أنا أقبض وأسلم إليك لم يجز أيضاً لأن رأس المال في القراض يجب أن لا يكون ديناً بل يكون عيناً، ثم إن تبرع العامل بقبضه من فلانٍ وتصرف كان له أجر مثل التصرف دون الأخذ والتقاضي، ولو قال: إذا قبضته فقد قارضتك عليه فهو أفسد لأنه على العقد يحظر غير أنه إذا فعل لا يجب له أجرة القبض والتقاضي لأنه شيء قبل القراض وعلى هذا لو قال: بعني هذه السلعة وخذ ثمنها واجعله قراضاً لم يصح.

فرع آخر

لو قال: قارضتك على ألف درهم وكان له على رجل ألف درهم ثم قال للذي عليه الألف: احمل إليه صح، لأنه لا فرق بين أن يعطيه بنفسه وبين أن يأمر غيره ليعطيه.

فرع آخر

لو قارضه على مالٍ [١١٠/ب] مجهول المقدار لم يجز لأنه لا يمكن عزل رأس المال عند المفاصلة، وقال أبو حنيفة: يجوز والقول قول العامل في قدره قال: ولو أقام كل واحدٍ منهما بينة على القدر فبينة رب المال أولى لأنه خارج.

فرع آخر

لو دفع إليه كيسين في كل واحدٍ ألف درهم على أن يكون أحد الألفين قراضاً، **والثاني**: وديعة فيه وجهان **أحدهما**: يجوز ويكون قراضاً صحيحاً لأنه معقود على ألف درهم معلوم لتساوي الألفين، **والثاني**: لا يجوز للجهل بمال القراض من مال الوديعة.

فرع آخر

ينعقد القراض بلفظ القراض وبلفظ المضاربة وبما يؤدي معناه لأن المقصود هو المعنى فجاز بما دل عليه كالبيع يجوز بلفظ التمليك.

فرع آخر

لا يجوز إذا كان مال القراض دراهم أن يشتري بالدنانير لأن الشراء بغير مال القراض خارجٌ عن القراض ويكون الشراء للعامل، ولكن يجوز إذا كان المال دراهم وكان الشراء بالدنانير أوفق أن يبيع الدراهم بالدنانير ثم يشتري حينئذ بالدنانير.

مسألة: قال: وإن قارضَهُ وجعل رب المال معه غلامهُ[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا قارض مع رجل وشرط رب المال معه غلامه على أن ما رزق الله تعالى من الربح يكون بينه وبين العامل والغلام أثلاثاً نص الشافعي على جوازه وبه قال أبو حنيفة، واختلف أصحابنا في تأويل هذه المسألة فمنهم من قال: أراد شرط لعبده ثلث الربح ولم يشترط عمله مع العامل لأن من شرط القراض أن يكون العمل من واحدٍ والمال من آخر، ولا يجوز أن يشترط رب المال عمل نفسه وعمل عبده منزلة عمله فلا يجوز اشتراطه فإذا كان كذلك فما شرطه للعبد يكون للسيد لأن العبد لا يملك شيئاً فكأنه شرط لنفسه ثلثي الربح وللعامل الثلث وهو الظاهر من كلام الشافعي ها هنا وفي «الأم» لأنه لم يشترط عمل العامل فيها ولم يذكره بوجهٍ وهذا هو الصحيح هكذا ذكره [١١١/أ] القاضي أبو حامد والقاضي الطبري. وقال أبو إسحاق وابن سريج وجمهور أصحابنا: أراد به شرط عمل الغلام معه ليكون عوناً له على تصرفه ويكون عمل العبد تابعاً للعامل يرجع إليه ويعمل برأيه وتدبيره فيدخل على طريق التبع ويخالف ان يشترط عمل رب المال لأنه لا يجوز أن يدخل تابعاً للعامل في تدبيره وماله.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣١٠).

فرع

لو شرط أن يكون المال في يد غلامه أو يعمل برأيه لا يجوز لأنه لم يتكامل تسليط العامل على المال، وكذلك لو قال: أنا أحفظ المال وكلما اشتريت أديت الثمن من عندي لا يجوز، وقال في «الحاوي»: إذا قال: المال بيدي أو مع وكيلي فأنت المتصرف فيه بالبيع والشراء فيه وجهان **أحدهما**: لا يجوز لما ذكرنا، **والثاني**: يجوز لأنه مطلق التصرف في العقود فجاز أن يستوثق بغيره في حفظ المال.

فرع آخر

لو جعل عليه مشرفاً فإن ردَّ إلى المشرف تدبيراً أو عملاً لا يجوز لأن العامل فيه محجور عليه، وإن ردَّ إليه مشارفة عقوده ومطالعة عمله من غير تدبير ولا عمل فيه وجهان كما مضى لأنه حافظ.

فرع آخر

قال ابن سريج تفريعاً على مسألة العبد: لو دفع إليه ألفاً قراضاً وبهيمة يستعين بها في ركوبه وينقل المتاع عليها جاز ويكون على سبيل الإعانة منه له، وكذلك لو دفع إليه مالاً في كيسٍ وقال: انتفع بالكيس جاز.

فرع آخر

لو شرط لنفسه ثلث الربح والثلث للعامل والثلث لغلام العامل جاز ويكون الثلثان للعامل.

فرع آخر

لو قال: ثلث الربح لي، وثلث لدابتي، وثلث لك فيه وجهان **أحدهما**: لا يجوز، **والثاني**: إن تقارا أنه أراد لنفسه وأضاف إلى دابته يجوز.

فرع آخر

لو شرط ثلث الربح لأجنبي كزوجة رب المال أو صديقه أو مكاتبه نظر، فإن شرط عمل الأجنبي مع العامل جاز وصار كأنه قارض مع نفسين، وإن لم يشترط عمل الأجنبي لم يجز لأن الربح في القراض [١١١/ب] يستحق لمالٍ أو عملٍ وهذا خارج عنهما.

فرع آخر

لو قال: الثلث لي والثلثان لك وتدفع الثلث إلى امرأتك أو إلى فلان فإن أوجب ذلك عليه كانت المضاربة فاسدة قياساً على ما قال الشافعي فيمن اشترى شيئاً على أن يهب بعضه كان الشرط باطلاً، وإن لم يوجب ذلك عليه إلا أنه جعل للعامل ثلثي الربح على أن يعطي هو امرأته النصف كانت المضاربة جائزة وثلثا الربح للعامل فإن شاء أعطى امرأته، وإن شاء منعها قياساً على ما قال الشافعي في كتاب الصداق: إذا نكحها على ألفين على أن تعطي أباها ألفاً جاز والألفان لها ولها الخيار في أن تعطي أباها هبة أو تمنعها.

مسألة: قال: ولا يجوزُ أن يقارضَهُ إلى مدةٍ من المدَدِ[١].

وهذا كما قال: اختلف أصحابنا في معنى هذه المسألة فمنهم من قال: معناه إذا قال: قارضتك إلى سنةٍ على أن لا يجوز لواحدٍ منهما فسخه والرجوع فيه في أثناء السنة لا يجوز لأن موضوع هذا العقد على أنه جائزٌ يفسخ متى شاء، فإذا شرط خلاف موضوعه بطل، ومنهم من قال: معناه إذا قال: قارضتك إلى سنةٍ فإذا مضت السنة لا يجوز لك أن تتصرف فيه بالبيع والشراء فهذا لا يجوز خلافاً لأبي حنيفة وهذا لأنا إذا منعناه من البيع منعناه من حقه من الربح لأن الربح لا يظهر إلا بالبيع ويخالف المساقاة تجوز مع ضرب المدة لأنها بالإجارات أشبه، ولهذا كانت لازمةً ولا يجوز مطلقاً بخلاف القراض ولأن هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا له فيه منفعة فيفسد، ولو قال: قارضتك إلى سنةٍ فإذا انقضت السنة، فإن كان في يدك متاع فبعه، وإن كان في يدك ناض فلا تشتر شيئاً كان جائزاً لأن هذا مقتضى عقد القراض وحكى أبو الطيب الساوي فيما علقه من الزيادات على الشرح عن أبي إسحاق: يبطل القراض ها هنا لأنه عقد عقداً وشرط حله فهو كما لو تزوجها على أن يطلقها وليس بشيء لما ذكرنا [١١٢/أ] وإن أراد أن ابتداء العقد يكون بعد مضي شهر لا يجوز لأنه علق العقد بمضي وقتٍ.

فرع

لو قال: خذ هذا المال قراضاً ما أقام العسكر أو إلى قدوم الحاج فإن شرط لزومه في هذه المدة كان باطلاً، وإن شرط فسخه بعدها في الشراء دون البيع فيه وجهان **أحدهما**: يجوز لأن لهما ذلك كما لو قال: إلى شهر على هذا المعنى، **والثاني**: لا يجوز لأن لجهالة المدة قسطاً من الغرر وتأثيراً في الفسخ.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٣١١/٧).

مسألة: قال: ولا أنْ يشترطَ أحدهُمَا على صاحبهِ درهماً ينفردُ بهِ[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا قال: قارضتك في هذا المال على أن ما رزق الله تعالى من الربح يكون لي منه درهم وما بقي يكون بيننا نصفين لم يجز، لأنه يجوز أن يكون جميع الربح درهماً واحداً فيؤدي إلى أن ينفرد بالربح، وكذلك لو قال: الدرهم لك والباقي بيننا، ولو قال: الثلث لي والباقي بيننا نصفين جاز لأن الأجزاء معلومة وتقديره الثلثان لي والثلث لك، ولو شرط رب المال على العامل أن يوليه سلعةً وصفها لا يجوز. والتولية أن تدفع السلعة التي اشتراها إليه بالثمن الذي اشتراها به وهذا لأنه يجوز أن يكون الربح في هذه السلعة فيؤدي إلى انفراده بجميع الربح، ولو قال: قارضتك في هذا المال على أنك إذا اشتريت ما يصلح لكسوتي من العمامة أو الطيلسان أو غير ذلك أعطيتني حتى ألبسه في جدَّته ثم أرده عليك فلا يجوز لأنه يجوز أن يكون فيها من الربح مقدار استعماله ولبسه ليؤدي إلى انفراده بجميع الربح، وكذلك لو شرطا أن يرتفقا معاً لا يجوز أيضاً وصور الشافعي المسألة إذا شرط أحدهما: لأنه أظهر الأحوال، ولو شرط أن لا يشتري إلا من فلانٍ بعينه لا يجوز لأنه يجوز أن لا يبيعه فلان أو يغالبه في الثمن أو تنقطع السلعة عنده فيكون الشرط مانعاً من طلب الربح في مال القراض فلم يصح وبه [١١٢/ب] قال مالك.

وقال أبو حنيفة: يجوز لأنه يجوز في نوعٍ خاصٍ وكذلك في رجل خاص وهذا غلط لما ذكرنا، وحكي عن الماسرجسي أنه قال: إن كان هذا الفلان بيِّعاً يكثر المتاع عنده ويحمل التجار عنه ولا ينقطع المتاع عنده في العادة يجوز لأن الظاهر أنه يتمكن من طلب الربح والفضل فيه ولا أعرف هذا لغيره من أصحابنا، وقال القاضي الطبري: هذا الذي قاله صحيح، ولو شرط أن لا يتجر إلا في سلعة واحدة بعينها كان باطلاً خلافاً لأبي حنيفة وهذا لأن صاحبها ربما لم يبعها، وإذا باعها واشتراها ثم باعها لا يمكنه شراءها منه فلا يمكنه التصرف وطلب الربح من جهته.

فرع

لو شرط أن يتجر في صنفٍ مخصوصٍ من المال لا ينقطع في الشتاء والصيف مثل الدقيق والطعام والتمر والثياب جاز لأنه قد يحسن التجارة في هذا الصنف دون غيره، ولو شرط أن يتجر في نوعٍ يوجد في بعض السنة مثل الرطب أو الخيار أو البطيخ ونحو ذلك

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣١٢).

يجوز وهو اختيار أبي حامد وهو الأصح لأنه عام الوجود في وقته فهو بمنزلة سائر السلع وتعلقه بمدة لا يضر لأنا بينا أن تعليق عقد القراض بمدةٍ جائز إذا لم يكن ممنوعاً من بيع المتاع الحاصل في يده، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز لأن الشافعي اشترط بقاؤه في الصيف والشتاء ولأنه يصير بمنزلة العقد المطلق بمدةٍ فلا يجوز وهذا اختيار القفال قال: لا يجوز إلا أن يقول: تتصرف في الرطب في وقته فإذا انقضى وقته تتصرف في كذا فيجوز حينئذ.

وقال في «الحاوي»: إن قارضه فيه في غير أوانه لم يجز، وإن قارضه في أوانه جاز، ثم إذا انقطع فيه وجهان **أحدهما**: بطل بانقطاعها، **والثاني**: بقي على حاله في كل عامٍ أتت فيه تلك الثمرة فيتجر فيها بالعقد الأول.

فرع آخر

لو كان القراض في نوع موجود في كل الزمان فانقطع في بعض الزمان لقلته أو عزته فالقراض على حاله وجهاً [١١٣/أ] واحداً، وكذلك إن انقطع لجائحةٍ لأن العقد قد كان ممكن الاستدامة.

فرع آخر

لو أذن في جنسٍ لا يعم وجوده كلحم الصيود ببغداد ونحو ذلك مما يوجد نادراً فالقراض باطل، وكذلك لو أذن في العود الرطب أو الياقوت الأحمر أو الخيل البلق أو العبيد الخصيان لا يجوز سواء وجده أو لا لأنه كان على غير ثقةٍ من وجوده إلا أن يكون في مكانٍ يوجد ذلك فيه غالباً.

فرع آخر

لو قال: اتجر في البز له أن يتجر في القطن والكتان والإبريسم والصوف الملبوس، ولا يجوز أن يتجر في البسط والفرش، وهل يجوز أن يتجر في .... والأكسية؟ وجهان **أحدهما**: يجوز لأنها ملبوسة، **والثاني**: لا يجوز لخروجها عن اسم البز عرفاً ولا يقال لبائعه: بزازاً بل يقال: كسائي.

فرع آخر

لو أذن له أن يتجر في الطعام اقتصر على الحنطة، وقال محمد: يجوز في الدقيق أيضاً.

فرع آخر

قال أبو حنيفة: لو قال: خذه على أن تتجر به في الحنطة لم يجز في غيرها، ولو قال: خذه واتجر به في الحنطة جاز أن يتجر به في غيرها لأنه مشورة منه وعندنا هما سواء لأنه في الحالين غير آذنٍ فيما سوى الحنطة.

فرع آخر

لو قال: قارضتك على هذا المال لتشتري به نخيلاً أو دواب وتحبس وفاءها وما تحصل من الثمن أو النتاج يكون بيننا نصفين لا يجوز، لأن عقد القراض موضوع على طلب الربح بالتصرف من البيع والشراء والثمرة والنتاج نماءٌ يحصل من غير التصرف وكان مخالفاً لعقد القراض فلا يجوز، وكذلك لو قال: اشتر عقاراً للأجرة لا يجوز.

فرع آخر

لو دفع إليه ألفين مختلطين فقال: اعمل فيهما على أن يكون لي ربح أحد الألفين ولك ربح الألف الآخر فالقراض فاسد، قال أبو ثور: يصح وهو قول أبي حنيفة لأنه لا فرق بين أن يشترط [١١٣/ب] نصف ربح المال وبين أن يشترط ربح نصف المال وهذا غلط لما ذكرنا أن من شأن القراض أن يشترك رب المال والعامل في ربح جميعه، وقد شرط ها هنا أن ينفرد كل واحدٍ بربح بعضه كما لو كان الألفان متميزين.

فرع آخر

لو أبضع رب المال عامله في مال القراض بضاعةً لنفسه يختص بربحها جاز، وقال مالك: لا يجوز، وإن كان من غير شرط لأنه كالمعمول عليه بالشرط وهذا خطأ لأنه تطوع كما لو أبضعه شراء ثوبٍ يكتسيه أو طعامٍ يقتاته.

فرع آخر

إذا كان القراض فاسداً فتصرف فيه فربح أو خسر فالربح لرب المال والخسران عليه وللعامل أجر مثله لأنه لم يشرع في العمل متبرعاً، ولا فرق بين أن يكون أجر مثله مثل المشروط أو أقل منه أو أكثر لأن الفساد الواقع في أصل العقد يوجب الرجوع إلى المثل قليلاً أو كثيراً وهذا الربح يطيب لرب المال لأن الفساد وجد في أصل العقد لا في العقود التي باشرها العامل، وقال مالك: إن كان في المال ربح له الأجرة، وإن لم يكن ربح فلا

أجرة له وهذا غلط لأن عمل العامل كان في مقابلة المسمى فإذا لم تصح التسمية وجب رد عمله عليه وذلك غير ممكن فيلزم له أجرة المثل كما في الإجارة الفاسدة، وحكى أصحاب مالك عنه أن له قراض المثل يعني يجب له ما تقارض به مثله وهذا غير مشهور.

مسألة: قال: ولو سافرَ بمالِ القراضِ كانَ لهُ أن يكتريْ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا تصرف في مال القراض لم يخل من أحد أمرين إما أن يتجر فيه حضراً أو سفراً فإن اتجر حضراً فعليه أن يعمل بنفسه ما جرت العادة أن يعمله رب المال في ماله من شراء الثوب وطيّه وتقليبه على من يشتريه [١١٤/أ] وعقد البيع وقبض الثمن وشد الكيس وختمه، وما لم تجر عادته به كان أن يستأجر من يعمله كالنّداء على الأمتعة ونقل الأمتعة من مكان إلى مكان لأن ذلك من مصالحه، وما لا بد منه في ثمنه وطلب فضله فإن خالف العادة وعمل بنفسه ما كان له أن يستأجر له فلا أجرة له على عمله فيه، وإن لم يعمل بنفسه ما يلزمه بل استأجر من ينوب عنه فعليه ضمان الأجرة وعلى هذا الذي ذكرنا أجرة الوزّان في مال القراض فيما يثقل وفيما يخف كالعود والمسك على العامل أن يزنه بنفسه لأن عادة التجار به جارية، وأما نفقته على نفسه من المأكول والمشروب والملبوس والمركوب ففي خاص ماله لا في مال القراض، فإن خالف فأنفق منه شيئاً فقد تعدى وعليه الضمان وإن شرط أن تكون هذه المؤن من حصته أو المؤن التي ذكرنا أنها من المال تكون من حصة العامل لا يجوز لجواز أن لا يبقى من الربح إلا بقدر ما يذهب في المؤن. وإن كانت التجارة في السفر فاعلم أولاً أنه ليس له أن يسافر بالمال بغير إذن رب المال كما قلنا في الوديعة.

وقال أبو حنيفة: له أن يسافر به، وقال أبو يوسف: له أن يسافر به إلى حيث لا يلزمه إليه مؤونة وهذا غلط لأن الغالب من السفر الخوف فلا يجوز ذلك، فإن سافر من غير إذنه ضمن، وإن سافر بإذن مالكه فكل ما يعمله رب المال بنفسه في ماله إذا سافر فعليه أن يعمله بنفسه مثل الإشراف على رفع المتاع وجمعه في مكانٍ واحدٍ وإحرازه وليس عليه أن يلي الرفع والحط بنفسه ولا نقله من مكانٍ إلى مكانٍ بل يستأجر من يلي عنه هذا فإن خالف [١١٤/ب] فالحكم ما ذكرنا في الحضر.

وأما نفقته على نفسه من اللباس والمركوب والمأكول والمشروب نقل المزني: وله النفقة بالمعروف، وروى البويطي عن الشافعي أنه قال: وليس للعامل أن يأكل ولا يكتسي

من مال القراض في سفر ولا حضر إلا بإذن صاحبه، واختلف أصحابنا فيه قال أبو إسحاق: المذهب ما نقله البويطي أنه ليس له أن ينفق على نفسه من مال المضاربة، ولا نعلم للشافعي في قديم ولا جديد أنه ينفق على نفسه وقوله ها هنا له النفقة بالمعروف أراد به المؤن التي ذكرناها من كراء الجمل والرفع وكراء البيت الذي يحفظ فيه وبه قال أكثر أصحابنا، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان:

أحدهما: هذا لأنه ربما لم يكن الربح إلا مقدار نفقته فيؤدي إلى الاستبداد بالربح ولأنه استحق نصيبه من الربح بالعمل فلا يستحق شيئاً آخر.

والثاني: له أن ينفق على نفسه من مال القراض وبه قال مالك وأبو حنيفة لأنه سافر لأجل هذا المال فوجب أن تكون نفقته منه كما نقول في كراء الجمل والبيت الذي يحفظ فيه المال ونحو ذلك، وهذه الطريقة اختارها أبو حامد وجماعة وهذا ظاهر ما نقل المزني ولا يجوز تأويله بما ذكره أبو إسحاق لأن ذلك لا يسمى نفقة بل يسمى كراء، فإذا قلنا: له النفقة اختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال: ينفق جميع ما يحتاج إليه من نفقة الحضر والسفر، ومنهم من قال: ينفق ما زاد بالسفر، وأما ما يحتاج إليه من نفقة الحضر فلا تأثير للمال فيها فتجب نفقة مركوبه في سفره وملبوسه المختص بالسفر ونحو ذلك وبه قال مالك وأبو حنيفة وهذا أصح.

وحكي عن مالك أنه قال: له أن ينفق منه ما جرت العادة بمثله لأهل الأسواق وذلك أن يتغذى ولا يرجع للغذاء إلى بيته ويعطي السقاء قطعةً ونحو ذلك ويجوز له ذلك في الحضر أيضاً وعلى هذا هل يجب أن يكون مقدار ما ينفق معلوماً مشروطاً [١١٥/أ] في عقد القراض؟ قولان:

أحدهما: يجب أن يكون مقدار ما ينفق معلوماً مشروطاً في عقد القراض لأن تقديرها أدفع للجهالة. قال المزني في «الجامع الكبير»: والذي أحفظ أنه لا يجوز القراض إلا على نفقةٍ معلومةٍ في كل يومٍ وثمن ما يشتريه ليلبسه في عمله.

والثاني: لا تتقدر لأنه قال ها هنا: وله النفقة بالمعروف ولم تتقدر، وقال ابن سريج: تقدير النفقة ضعيف، وقال أبو إسحاق: تقديرها يتعذر وهو ضعيف جداً لأن الأسعار تختلف تقل وتكثر والاحتياط للمال أن لا تقدر فإنه إن فضل شيء عن نفقة الرخص استبد به العامل، وقال أبو حامد: لا يلتفت إلى ما حكاه في «الكبير» ولعله خلاف الإجماع وهذا لأنها مؤونة في مال القراض فلا تتقدر.

فرع

لا يلزم فيها أجرة الحمام والحجّام ولا ثمن الدواء، وقال أبو حنيفة: له في نفقته أجرة حمامه وحجامه وما احتاج إليه من دوابه وما قرب من شهواته وهذا غلط لأن نفقة الزوجات آكد منها ولا يلزم في مال القراض كذلك هذا، ولأن ذلك لا يختص بسفره ولا بعمله كصداق زوجته.

فرع آخر

لو أقام في سفره مدة انتظار بيع مال القراض وقبض ثمنه فهو كما لو كان في سفره.

فرع آخر

إذا أراد المفاصلة فكل ما حصل في يده من آلة السفر والثياب والكسوة مثل الكساء والسفرة ونحو ذلك ردها إلى المال وباعها كلها، وقال القاضي الطبري: رأيت في كتاب «التهذيب» لابن القفال يقول: في رد الكسوة وجهان كما نقول في كسوة المعتدة على الزوج إذا انقضت العدة هل يلزم الرد؟ قولان.

فرع آخر

لو ادعى العامل قدر النفقة وخالفه رب المال فالقول قول العامل إذا كان محتملاً، وفيه وجه آخر القول قول رب المال وهو من اختلاف الوجهين في ادعاء العامل رد المال على ربه.

فرع آخر

[١١٥/ب] لو سافر من غير إذنه وتصرف في ذلك البلد صح تصرفه إذا لم ينتقص ثمن ما بيع لاختلاف أسعار البلدين، فإن انتقل إلى بلد رخص بأقل مما كان في بلده لا يجوز.

فرع آخر

لو كان معه في السفر ماله مع مال القراض فإن قلنا: لا ينفق من مال القراض كانت نفقته من خالص ماله، وإن قلنا: تلزم نفقته من مال القراض أنفق ها هنا من المالين بالحصة، فإن قلنا: تلزم كل النفقة كانت على قدر المالين، وإن قلنا: تلزم قدر الزيادة للسفر يلزم قدر الزيادة على المالين بالحصة.

فرع آخر

لو سافر بإذن رب المال فاجتمع رب المال والعامل فوجده وقد نضّ فأخذه رب المال منه هناك فهل على رب المال نفقة الرجوع إلى البلد للعامل؟ نصَّ في أمالي حرملة على قولين **أحدهما**: له مطالبته بها لأنه إنما سافر بإذنه ليذهب ويرجع إلى بلده، **والثاني**: لا نفقة له لرجوعه لأن عقد القراض قد زال فأشبه إذا مات العامل لا يجب على رب المال دفنه وهذا مبني على ما مضى فإن قلنا: ينفق لذهابه ينفق لرجوعه أيضاً، وإن قلنا: لا ينفق لذهابه لا ينفق لرجوعه. واعلم أن الشافعي رحمة الله عليه صوَّر جواز استئجار الأجير في حالة السفر دون حالة الإقامة، وقد بينا أنه لا فرق فيما لا يعمل بنفسه في العادة وإنما صوَّر في حالة السفر لأن الحاجة إلى الأعوان أكثر هناك وهي أظهر الحالتين.

مسألة: قال: ومَا اشترى فلهُ الردُّ بالعيبِ[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا اشترى المضارب معيباً له الرد بالعيب لأن رب المال فوض إليه الاجتهاد وإقامة مقام نفسه وهذا إذا كان الحظ في الرد، فإن كان فيها مع العيب فضل وربح ظاهر ليس للعامل أن يرد ولا لرب المال أن يرد أيضاً لأن لكل واحدٍ منهما حقاً، فإن اجتمعا على الرد جاز لأن الحق لهما وإن اختلفا في النظر نظر الحاكم فيما فيه الحظ والنظر وقد بينا في كتاب الوكالة أن له أن يشتري المعيب بخلاف الوكيل وذكرنا [١١٦/أ] الفرق بينهما.

مسألة: قال: وإنِ اشترى وباعَ بالدَّين فضامنَ[2].

الفصل

وهذا كما قال: إذا نص رب المال للعامل على صفة التصرف فقال: بع بثمن مثله وبأقل وبأكثر نقداً أو نساءً بنقد البلد وبغير نقده كان له ما نص عليه، وإن أطلق فلا يجوز إلا بثمن المثل نقداً بنقد البلد كما قلنا في الوكيل خلافاً لأبي حنيفة.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٢١).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٢١).

فرع

لو خالف ما ذكرنا لا يخلو إما أن يبيع بدين أن يشتري بدين فإن باع بدين كان باطلاً فإن سلم السلعة إلى المشتري صار ضامناً لها، فإن كانت باقية أخذها، وإن كانت تالفة رجع إليه بقيمتها وله تضمين العامل والمشتري واستقرار الضمان على المشتري، وإن اشترى وهو أن يسلم في طعام أو ثياب لا يخلو إما أن يكون بعين مال القراض أو في الذمة بشرط أن يوفي الثمن من مال القراض أو في الذمة مطلقاً، فإن كان بعين مال القراض فالشراء باطل ولا يجوز له تسليمه إليه فإن سلمه استرجعه على ما بيناه، وإن كان في الذمة بشرط أن يوفيه الثمن من مال القراض فالشراء باطل كما لو عينه، وإن كان في الذمة مطلقاً يلزمه الشراء ويوفر الثمن من مال نفسه ولا يقبل قوله أنه كان اشتراها بمال القراض فإن فيه إفساد البيع على البائع وذلك لا يقبل منه، وإن ذكر أنه يشتريه لرب المال فيه وجهان واختار أبو إسحاق أنه يصح الشراء للعامل لأن الشراء يصح أن يقع له فإذا سمى فيه غيره بغير إذنه بطلت التسمية ووقع له بخلاف البيع لأنه لا يصح أن يقع له، والأقيس أنه يبطل ولا تنفذ على العامل أيضاً لأنه عيَّن الشراء له فلا ينصرف إلى غيره.

فرع آخر

لو باع بدون ثمن المثل وكان الغبن في العادة عشرة في مائة فباع بخمسين وتلف فإن طالب المشتري يطالبه بكل القيمة، وإن طالب العامل فيه قولان **أحدهما**: يطالبه بكل القيمة، **والثاني**: يطالبه بما انحطَّ عما لا يتغابن الناس بمثله وهو التسعون لأنه هو الذي تعدى [١١٦/ب] فيه ويضمن الباقي المشتري وقد ذكرنا نظيره في الرهن.

فرع آخر

لو نهاه عن البيع والشراء بالتقدم لا يلزم العامل لما فيه من التغرير بخلاف الوكيل وصار عقد القراض باطلاً بهذا الشرط.

فرع آخر

لو قال للعامل: اعمل فيه برأيك لم يجز له أن يتصرف نساء لأن عمله برأيه ينصرف إلى تدبيره واجتهاده في وفور الأرباح والتماس النماء دون النَّساء نص عليه في «الأم» قال أصحابنا: وكذلك لو قال: اصنع ما شئت، وافعل ما ترى كان كالمطلق.

فرع آخر

لا يجوز له مع إذن النَّساء أن يشتري ويبيع سلماً لأن عقد السلم أكثر غرراً من النَّساء في الأعيان، فإن أذن له في الشراء سلماً جاز. وإن أذن له في البيع سلماً لم يجز، والفرق بينهما أن وجود الحظ غالباً في الشراء وعدمه في البيع والمقصود منه طلب الحظ.

فرع آخر

لو قارضه على مالٍ وأذن له في الشراء بالنّساء لم يكن له أن يشتري شيئاً بأكثر من مال القراض قدراً لأن ما زاد عليه خارج منه.

مسألة: قال: وهو مُصَدَقٌ في ذهابِ المالِ مع يمينه[1].

وهذا كما قال: العامل أمين في المال الذي في يده فإن تلف من غير تفريط لا ضمان عليه، وإن ادعى التلف فالقول قوله إذا احتمل وإن لم يحتمل مثل أن يدعي قطع الطريق ولم يعرف في ذلك السفر قطع أو قال: خسرت خمسمائة من جملة الألف في ساعة واحدة بعد قبض المال لا يقبل، وهل يصدق في دعوى رد المال؟ قد ذكرنا فيما مضى والصحيح أنه يقبل لأن معظم المنفعة فيه لرب المال فهو كالوديعة. واعلم أن الشافعي عطف هذا على ما تقدم فضامن إلا أن يأذن له فإذا صار ضامناً ثم ادعى التلف لم يكن مصدقاً فنقول: لم يقصد رد العطف إلى هذا الفصل على التخصيص بل رده إلى أصل الكتاب فبيَّن أن العامل في الأصل أمين كسائر الأمناء.

مسألة: قال: وإنِ اشترى مَنْ يعتقُ على ربِّ المالِ[2].

الفصل

وهذا كما قال: إذا اشترى العامل أبا [١١٧/أ] رب المال لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون اشتراه بعين مال القراض، أو اشتراه في الذمة للقراض، فإن اشتراه بعين مال القراض فالشراء باطل لأنه اشترى ما لم يتناوله إذن رب المال لأنه إنما أذن له في شراء ما يجوز له التصرف فيه وطلب الربح من جهته وهذا لا يمكن في هذا العبد لأنه يعتق على ابنه ويحل ذلك محل ما لو أذن له في صنفٍ من المال فاشترى غيره بعين مال القراض كان الشراء باطلاً لأن إذنه لم يتناوله فكذلك ها هنا.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٢٣).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٢٣).

وإن اشتراه في الذمة كان الشراء له ولزمه ثمنه من سائر ماله فإن نفذ مال القراض ضمن هذا إذا اشتراه من غير إذن رب المال، فإن اشتراه بإذنه لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون في المال فضل أو لا فضل فيه، فإن لم يكن فيه فضل عتق العبد ونظر فيه فإن لم يستغرق جميع مال القراض انفسخ القراض في مقداره وصح في الباقي وإن استغرق جميع مال القراض فإن عقد القراض ينفسخ في الجميع، وإن كان في المال فضل كان العتق من رأس المال ويكون بمنزلة ما لو أخذ بعض المال كان من رأس المال فإن لم يستغرق جميع رأس المال انفسخ القراض في مقداره وبقي الباقي صحيحاً والربح يكون بينهما، وإن استغرق مقدار رأس المال انفسخ القراض واقتسما الربح بينهما، وإن استغرق جميع رأس المال والربح.

فإن قلنا: العامل لا يملك شيئاً من الربح فقد عتق العبد لأن جميع المال كان على ملك رب المال وإن قلنا: العامل يملك حصته من الربح، فإن كان علم أنه أبوه فاشتراه عتق جميعه عليه لأنه اشتراه لأجله، وإذا اشترى الإنسان بماله لغيره أباه بإذنه عتق عليه كذلك ها هنا، وإن كان لم يعلم بأنه أبوه واشتراه بإذنه يعتق عليه بمقدار ملك رب المال منه وما هو ملك للعامل لا يعتق إلا أن يكون لرب المال مال غيره فنقوّمه عليه ونعتقه بالقيمة، ولو لم يكن في المال ربح ولكنه لما اشترى العبد بالألف كان يساوي ألفين في الحال فالحكم [١١٧/ب] هكذا.

وقال في «الحاوي»: هل يكون عقد ابتياعه داخلاً في عقد قراضه أم لا؟ فيه وجهان **أحدهما**: قاله أبو حامد: أنه داخلٌ فيه وإنما خرج منه بعد العتق بحكم الشرع فعلى هذا إن لم يكن في ثمنه فضل لو كان على رقه فلا شيء للعامل فيه، وإن كان فيه فضل رجع العامل على رب المال بقدر حصته من فضله، **والثاني**: وهو الصحيح أنه غير داخل في عقد قراضه لخروجه عن حكمه فعلى هذا يكون للعامل في شرائه أجرة مثله سواء كان في ثمنه فضل أو لم يكن لأنه دخل في شرائه على عوضٍ منه فصار كالمشتري فرق بين القراض الفاسد، ولو اشترى العبد المأذون له في التجارة أبا سيده لا يخلو من ثلاثة أحوال إما أن يكون أذن له فيه، أو نهاه، أو أطلق الإذن في التصرف، فإن كان أذن له في شراء أبيه صح الشراء وعتق الأب عليه وإن نهاه عنه فاشتراه لا يصح الشراء قولاً واحداً، وإن كان قد أطلق له الإذن فيه قولان: **أحدهما**: يجوز، **والثاني**: لا يجوز نص عليهما في كتاب الدعوى والبينات ونص ها هنا أنه يجوز قال أبو إسحاق: ولا فرق بين أن يكون الشراء في الذمة أو بعين المال، وجه الأول أن العبد لا يشتري لنفسه وإنما يشتري لسيده فحسب فإذا أطلق الإذن كان إذناً في جميع ما يصح شراؤه فإذا لم يستثن أباه كان إذناً في شرائه وشراء غيره ويخالف العامل فإنه

يشتري لنفسه ولرب المال لأجل القراض فلم يحتج رب المال معه إلى استثناء ما يؤدي إلى تلف ماله، فإن اشترى ما يحل له التصرف فيه وإلا كان الشراء لازماً له والعبد المأذون له في التجارة لا ذمة له ولا يشتري إلا لسيده، فإذا لم يستثن ما يؤدي إلى عتقه عليه كان الإذن المطلق متناولاً له. ووجه القول الثاني وهو الأصح، واختاره المزني أن إذنه تناول شراء ما يحل له التصرف فيه فلا يتناول من يعتق عليه كالعامل في القراض.

وقد قال المزني: لأنه لا ذمة له وهو غير مستقيم لأن للعبد ذمة، وإن لم يكن مأذوناً فكيف إذا كان مأذوناً؟ والتعليل [١١٨/أ] الصحيح ما ذكرنا وهو معنى قول الشافعي لأنه مخالف ولا مال له أي: ليس كعامل القراض يمكن صرف الشراء إليه لأن له مالاً بخلاف المأذون وهذا إذا لم يكن عليه دين، فإن كان عليه دين من جهة التجارة، فإن كان قد نهاه عن شرائه فالشراء باطل، لأنه لو لم يكن عليه دين كان باطلاً فكيف إذا كان عليه دين، وإن كان قد أطلق الإذن؟

فإن قلنا: إذا لم يكن عليه دين لا يصح فإذا كان عليه دين أولى أن لا يصح.

وإن قلنا: هناك يصح فهل يصح الشراء ها هنا؟ قولان: **أحدهما**: يصح ويباع العبد ولا يعتق، **والثاني**: يبطل الشراء وهذا أحسن قاله أبو إسحاق، وقال ابن أبي هريرة: وجهان: **أحدهما**: لا يصح، **والثاني**: يصح ويعتق ويكون دين الغرماء في ذمة السيد **فحصل ثلاثة أوجه أحدها**: يبطل الشراء، **والثاني**: يصح الشراء ولا يعتق، **والثالث**: يصح ويعتق والدين في ذمة السيد وهذا مثل الراهن إذا أعتق المرهون هل ينفذ؟ قولان.

وقال أبو حنيفة: إن لم يكن السيد دفع إليه المال بل أذن له بالتجارة صح الشراء وعتق على مولاه، وإن كان دفع إليه مالاً لم يصح الشراء كما في المضاربة وهذا غلط لأنه إذن مطلق في الشراء فلا يتناول من يعتق على الإذن كما لو دفع إليه المال، وإن اشترى العامل أبا نفسه لا يخلو إما أن يكون في المال ربح أم لا، فإن لم يكن فيه ربح صح الشراء وملك رب المال لأن العامل وكيل في الشراء له فصح أن يكون وكيلاً في شراء ابنه له فإن بيع هذا العبد قبل أن يظهر في المال ربح فلا كلام، وإن بقي في يده حتى ظهر فيه ربح فهل يعتق على العامل شيء منه؟ فيه قولان بناءً على وقت ملك العامل حصته وفيه قولان فإن قلنا: يملك بالقسمة فلا يعتق شيء منه عليه، وإن قلنا: يملك بالظهور فهل يعتق عليه قدر حصته منه؟ وجهان **أحدهما**: لا يعتق لأنه لم يستقر ملكه عليه لأنه وقاية للمال، **والثاني**: يعتق فعلى هذا ينظر، فإن كان العامل موسراً قوّم عليه نصيب رب المال وعتق كله بالثمن الذي اشتراه به لا بقيمته، وإن كان معسراً عتق نصيبه واستقر الرق [١١٨/ب] في نصيب رب

المال وانفسخ القراض في ذلك القدر لأنه قد تبين نصيب العامل منه هكذا قال أصحابنا.

وقال في «الحاوي»: انفسخ القراض به في جميع المال بكل حالٍ بخلاف ما لو اشترى أب رب المال بإذنه بطل من القراض بقدر ثمنه، والفرق أن أبا رب المال محسوب عليه من رأس المال فبطل من القراض بقدره ولم يبطل جميع عقده وأب العامل محسوب عليه من ربحه فسواء كانت حصته من الربح بقدر ثمنه أو أكثر يبطله لأن أخذ بعض الربح كأخذ كله في الفسخ، وإن كان في المال ربح فإن قلنا: لا يملك الربح بالظهور وهو الذي نص عليه ها هنا أو قلنا: يملك بالظهور ولا يعتق عليه صح الشراء، وإن قلنا: يملك ويعتق عليه فهل يصح الشراء؟ وجهان **أحدهما**: يصح لأنهما شريكان في المال وأحد الشريكين إذا اشترى من يعتق عليه صح شراؤه، **والثاني**: لا يصح لأنه يؤدي إلى تنجز حق العامل قبل رب المال ولأنه إذا عتق بعضه نقص قيمته فيستضر به رب المال، فإذا قلنا: الشراء باطل، فإن كان بعين المال بطل، وإن كان في الذمة وقع الملك له دون رب المال ويعتق، وإن قلنا: الشراء صحيح عتق قدر نصيبه منه، فإن كان العامل موسراً قوّم عليه ما بقي، وإن كان معسراً عتق عليه قدر نصيبه واستقر الرق في نصيب رب المال، واختار المزني أنه لا يعتق على القولين معاً واحتج بأنه لا يملك من الربح شيئاً إلا بالقسمة مما ذكرنا في كتاب الزكاة فلا نعيده.

فرع

إذا كان رب المال في القراض امرأة فاشترى العامل زوجها، فإن كان بإذنها صح الشراء وكان القراض بحاله لأنه لا يعتق عليها وينفسخ نكاحها، وإن كان بغير إذنها فالمنصوص في «الإملاء» أن الشراء فاسد لأن الإذن يتناول شراء ما لها فيه حظ ولا حظ لها في شراء زوجها لأنها تستضر به في فسخ النكاح وارتفاع حقها في النفقة والكسوة، فهو كما لو اشترى من يعتق على رب المال، ومن أصحابنا من قال: يصح الشراء وبه قال أبو حنيفة [١١٩/أ] لأنه اشترى ما يمكنه طلب الربح فيه فإن قلنا: لا يصح الشراء فالحكم ما ذكرنا إذا اشترى من يعتق على رب المال.

مسألة: قال: ومتى شاءَ ربُّهُ أخذَ مالَهُ قبلَ العملِ وبعدَهُ[١].

وهذا كما قال: عقد القراض عقدٌ جائز غير لازم وأيهما أراد فسخه كان له، فإذا فسخه أحدهما، فإن كان المال ناضاً سلم العامل رأس المال إليه، وإن كان سلعةً لم يكن له

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٣٢٨/٧).

منع العامل من بيعها لاح فيه ربح أو لم يلح لأنه قد يجد راغباً يزيد في ثمنه اللهم إلا أن يقول رب المال للعامل: أنا أعطيك القيمة بقول المقومين فلا يكون للعامل البيع.

وقال في «الحاوي»: إن كان لا يرجو في ثمنه فضلاً ولا يأمل ربحاً يمنع من بيعه، وإن كان يرجو فضلاً لا يمنعه من بيعه، ولو بذل رب المال له حصته من ربحه ومنعه من بيعه فهل له بيعه؟ وجهان مخرجان من قوله في السيد إذا بذل قيمة العبد الجاني وامتنع من بيع العبد ولا يفي بالأرش هل له ذلك أم لا؟ وهذا لأنه ربما يزيد راغبٌ في ثمنه فيكون البيع أوفق له من التقويم، ولو دعاه رب المال إلى البيع وامتنع، فإن كان امتناعه لغيره تركٌ لحقه منه أجبر على بيعه لتنقطع علقته منه، وإن كان امتناعه تركاً لحقه منه فيه وجهان **أحدهما**: لا يجبر على بيعه لأن ذلك يلزم لحقيهما وها هنا يبطل أن يكون حقاً لهما، **والثاني**: يجبر على بيعه وهو الأصح لأن رد أصل المال مستحق عليه كما أخذه.

فرع

لو كان المال ديناً مثل أن كان رب المال أذن له بالبيع نساءً فإن على العامل الاقتضاء سواء كان في المال ربح أو لا ربح فيه، وقال أبو حنيفة: إن كان في المال ربح كان عليه أن يقتضيه، فإن لم يكن فيه ربح لا يلزمه ذلك وهذا غلط لأن ذلك مقتضاه رد رأس المال على صفته والدين لا يجري مجرى العين فهو كما لو كان عرضاً يلزمه بيعه.

فرع آخر

إذا ادعى العامل ظهور الربح في المال وطالبه بالقسمة لم يجبر المالك عليها ما لم [١١٩/ب] يعترف بظهور الربح أو يتحاسبا فيظهر لهما الربح، ولا يلزم رب المال أن يحاسبه إلا بعد حضور المال لأنه قد لا يصدق فيما يجبر به من وفوره أو سلامته، فإذا حضر المال تحاسبا فإن ظهر ربح تقاسما.

فرع آخر

لو رضي رب المال والعامل بالمحاسبة عليه مع غيبة المال عنهما ففي جوازه وجهان **أحدهما**: يجوز لأنه احتياط لهما تركه. **والثاني**: لا يجوز وقيل: إن الشافعي نص عليه في موضعٍ من كتابه لأنهما يتحاسبان على جهالة فلا يجوز.

فرع آخر

إذا أراد العامل بيعه يلزمه بيعه في الحال وليس له إمساكه إلى وقت نفاقه، وقال

مالك: إن كان بمكة أو ببلدٍ بها موسم له أن يؤخر بيعه إلى وقت الموسم وهذا غلط لأن حقه معجل فلا يجبر على تأخيره.

فرع آخر

لو تركه العامل إلى رب المال ولا ربح فيه فارتفع السوق وباعه رب المال بربح هل للعامل طلب نصيبه من الربح؟ ظاهر المذهب أنه ليس له ذلك، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان **أحدهما**: ليس له ذلك لأنه ترك حقه وإنما ظهر الربح بعده بفعل رب المال وهو البيع، **والثاني**: له ذلك لأنه ترك حقاً لم يكن حاصلاً ثم ظهر وسبب ظهوره شراء العامل فحقه ثابت وعفوه غير نافذ.

فرع آخر

إذا طلب رب المال أو العامل قسمة الربح مع بقاء عقد القراض وامتنع الآخر لم يجبر عليه لأن لكل واحدٍ منهما غرضاً صحيحاً في الامتناع منه لأن رب المال يقول: الربح وقاية لمالي والعامل يقول: لا آمن أن أخسر فأحتاج إلى رد ما أخذته، فإن اتفقا على القسمة جاز، فإن خسر بعد ذلك كان على العامل أقل الأمرين من نصف الخسران أو جميع ما أخذه من الربح لأن الربح والخسران حصلا في عقدٍ واحدٍ فجبر أحدهما: بالآخر.

مسألة: قال: فإنْ ماتَ ربُّ المالِ صار لوارثِهِ[1].

الفصل

وهذا كما قال: جملته أن القراض بموت أحد المتقارضين [١٢٠/أ] بلا خلاف لأنه عقد جائز فيبطل بالموت كالشركة، ثم لا يخلو إما أن يموت رب المال أو العامل، فإن مات رب المال انفسخ وقام وارثه مقامه في المال لأن الملك انتقل إليه، ثم لا يخلو إما أن يختار هو والعامل أن يقيما على الفسخ الذي حصل بالموت أو اختار تجديد القراض فإن اختار المقام على ذلك فالحكم فيه كما لو انفسخ بالفسخ، فإن كان المال ناضاً ولم يكن العامل تصرف فيه فهو رأس المال نفسه، وإن كان تصرف فيه فإن حصل ربح فبينهما وإن لم يحصل ربح فالكل لرب المال، وإن كان عرضاً فللعامل بيعه فإذا باع، فإن لم يكن فيه ربح فهو لرب المال، وإن كان ربح فهو بينهما، وإن اختار ابتداء القراض نظر، فإن كان المال ناضاً صح لأنه إن لم يكن ربح فهو تقارض على مال له مفرزٍ، وإن كان ربح فإنه يقارض

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٢٩).

على رأس المال ونصيبه من الربح فيكون قراضاً على المشاع ويجوز ذلك عندنا، وإن كان المال عرضاً اختلف أصحابنا فيه قال أبو إسحاق: يجوز لأنه إنما لا يجوز ابتداء القراض على العروض وهذا ليس بابتداءٍ بل هو بناءٌ على أصل القراض الذي عقده رب المال في هذا المال فجاز ذلك ويؤكده أن ملك الوارث في أحكامه مبني على ملك المورث في القديم وفي بعض كتبه الجديد حتى استجاز بناء حول الوارث في الزكاة على حول المورث، فجاز تقرير القراض ها هنا من غير أن يصير المال ناضاً.

قال القاضي الطبري: وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وقال سائر أصحابنا: وهو اختيار ابن أبي هريرة وأبي حامد وهو القياس لا يجوز ذلك لأن القراض الأول بطل بالموت وهذا ابتداء قراض ثانٍ فلا يجوز بالعراض وما قاله أبو إسحاق ينكسر بما لو دفع مالاً قراضاً فعمل فيه العامل وحصل المال عروضاً ثم تفاسخا القراض ثم أرادا أن يعقدا معه القراض لا يجوز، [١٢٠/ب] وإن كان مبنياً على ما سبق وقول الشافعي: إن رضي ترك العامل على قراضه أراد إذا كان المال ناضاً، وإن مات العامل انفسخ أيضاً ثم إن اختار المالك ووارث العامل ابتداء القراض، فإن كان ناضاً جاز، وإن كان عرضاً لم يجز بلا خلافٍ بين أصحابنا بالعراق، والفرق ما ذكره أبو إسحاق وذلك أن وارث رب المال قد ورث المال وخلفه فيه فكان إقراره إياه على المال بمنزلة الاستقامة فجاز على العرض وليس كذلك وارث العامل لأنه لا يرث شيئاً فلم يجز أن يقر عليه إلا على الوجه الذي يجوز الابتداء وهو أن يكون ناضاً.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا جعل الشافعي أحكام الوارث مبنية على أحكام المورث يحتمل أن يقال: يجوز تقرير القراض بين الوارثين بعد موت المتقارضين من غير أن يصير المال ناضاً ذكره الإمام أبو محمد الجويني وهذا غريبٌ، وقال أيضاً: قال الشافعي: إذا مات رب المال فإن رضي ترك المقارض على قراضه وإلا فقد انفسخ قراضه، وظاهره أنه لو أراد وارث رب المال تقرير العامل على ذلك القراض من غير استئناف عقد كان له ذلك، ثم قال: إذا مات العامل لم يكن لوارثه أن يعمل مكانه فظاهره أنه لا يجوز تقريره على القراض بالعقد الأول، ومعلوم أن القراض من الجانبين عقد جائز فالواجب التسوية بين الموتين، فإن قلنا في رب المال: إذا مات لا يجب الاستئناف ففي العامل يجب أن نقول مثل ذلك وإن قلنا: هناك في العامل لا يجوز إلا الاستئناف ففي المالك كذلك فمن أصحابنا من يتأول آخر كلامه على موافقة أوله فنقول: معنى قوله: لم يكن لوارثه أن يعمل إذا لم يرض بعمله رب المال فإن رضي كان له أن يعمل كما قال في موت المالك ووارثه، ومن أصحابنا من يفصل بين الموتين على ظاهر النصين [١٢١/أ] فقال: يجوز لوارث رب المال

تقرير القراض نازلاً في ذلك منزلة أبيه لأن أصل الملك في هذا الجانب فيخلف الوارث مورثه في حق الملك وليس من جانب العامل أصل الملك فافترقا، وأصحابنا بالعراق قالوا: يفتقر إلى تجديد العقد في كلا الموضعين وهو الصحيح، وقال القفال: تقرير المالك الوارث استئناف عقدٍ، وإن كان بلفظ التقرير ويجوز ذلك.

فرع

إذا مات رب المال فأذن الورثة للعامل بالمقام على القراض وهم يجهلون قدر المال فيه وجهان مخرجان **أحدهما**: لا يجوز لأنه معقود بمال مجهول، **والثاني**: يجوز لأنه مبتدئ بعقد صحيح ولو مات العامل فأذن رب المال لوارثه بالمقام على القراض وكانا جاهلين بقدر المال لم يجز وجهاً واحداً، والفرق أن المقصود في القراض المال من جهة ربه والعمل من جهة العامل فإذا مات رب المال كان المقصود من الأمرين باقياً فجاز استصحاب العقد المتقدم لبقاء مقصوديه ولم يبطل لحدوث الجهالة فيه وفي موت العامل فقد أحد المقصودين فلا يمكن استصحاب العقد المتقدم فبطل بحدوث الجهالة فيه.

فرع آخر

قد ذكرنا أنه إذا مات رب المال والمال عروض عند موته يجوز للعامل بيعه من غير إذن الورثة، وإن مات العامل لا يجوز لوارثه أن يبيع العروض قولاً واحداً، والفرق أن رب المال رضي بتصرف العامل فثبت ذلك في حق وارثه ولم يرض بتصرف ورثة العامل ولم يأتمنهم على ذلك فلا يجوز لهم أن يتصرفوا فعلى هذا لا يبيع وارث العامل حتى يأذن رب المال به أو يدفعه إلى الحاكم ليأمر ببيعه، وقال بعض أصحابنا: لا فرق بينهما وليس للعامل أن يبيع أيضاً بعد موت رب المال ولا يلزم وارث رب المال أن يمكنه من الانفراد [١٢١/ب] ببيعه ولا يلزمه أمانة موروثه، ولهذا لو كان لموروثه وديعة ولم يعلمه المودع ضمن، وإن كان المالك رضي بأمانته فعلى هذا للوارث أن يمكنه من البيع ويمنعه من قبض الثمن أو يسأل الحاكم أن يأمر من بيعه لأن غرضه تحصيل ربح إن كان فيه دون استحقاقه البيع وهذا حسن.

فرع آخر

لو كان الوارث صغيراً وبطل القراض بموت مورثه يرفع الأمر إلى القاضي حتى يقيم قيّماً للصبي يقاسمه، وكذلك إن كان الوارث بالغاً ولكن على الميت دين أو وصية لا يترك العامل على القراض الأول بل يقاسم حتى يقضي الدين وينفذ الوصية.

فرع آخر

لو كان الميت رب المال ولم يجدد القراض يباع جميع الأعيان للمقاسمة من ثياب أو أداة سفرٍ وغير ذلك مما قل أو كثر، وقال مالك: لا يباع الميزان والسفرة والكيل ونحو ذلك وهما للمالك دون العامل وبنى ذلك على عادة الناس وهذا غلط لأنها مشتراة بمال القراض فيباع كغير ذلك.

مسألة: قال: وإنْ قارضَ العاملُ بالمالِ آخرَ بغيرِ إذنِ صاحبه[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا قارض العامل بمال القراض رجلاً آخر لا يخلو من أحد أمرين، إما أن يكون بإذنه أو بغير إذنه، فإن كان بإذنه كأن رب المال قال له: قارضتك بهذا المال ولك أن تقارض إنساناً آخر فهذا بمنزلة الوكيل فالقراض الثاني صحيح إن لم يشترط لنفسه جزءاً من الربح لأن مقتضى القراض أن لا يستحق الربح إلا بالمال أو العمل والعامل الأول لا مال له ولا عمل فلا يجوز له شرط الربح لنفسه، فإن عمل الثاني بعدما شرط العامل الأول لنفسه ربحاً وحصل ربح فكله لرب المال وللعامل أجر مثله، وإن كان من غير إذن رب المال فالقراض الثاني فاسد لأن رب المال رضي باجتهاد العامل الأول ولم يرض باجتهاد العامل الثاني ويصير الأول ضامناً بدفعه إلى الثاني ثم إن عمل الثاني ينظر، فإن لم يحصل ربح أخذه رب المال وإن حصل ربح فهو [١٢٢/ب] مبني على مسألة وهي أن الغاصب إذا اتجر في المال المغصوب أو المودع تصرف من غير إذن المودع وربح لمن يكون الربح؟

فيه قولان: قال في القديم: يكون الربح لرب المال، وقال في الجديد: ينظر، فإن كان ابتاعه بعين المال كان باطلاً، وإن ابتاعه في الذمة ونقد الثمن من الغصب أو الوديعة فالشراء صحيح والربح له وعليه ضمان الأصل لصاحبه، فإذا قلنا بقوله القديم وهو قول مالك فوجهه أنا لو جعلنا ذلك للغاصب لأدى إلى خفر الأمانات وتسليط الظلمة والغاصبين على المال فعلى هذا نقل المزني عن الشافعي أنه قال: لصاحب المال شطر الربح ثم يكون للذي عمل شطره مما يبقى قال أبو إسحاق: هذا صواب ويكون الربح بين رب المال وبين العامل الأول لأنه وإن تعدى في المال فلم يسقط الشرط الذي بينهما في الربح كما لو سافر بالمال وربح كان الشرط باقياً، وإن كان في المال متعدياً وإذا أذن له في السفر في البرّ

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٣٥).

فسافر في البحر كان ضامناً للمال والشرط باقٍ ثم النصف الذي للعامل بينه وبين العامل الثاني نصفين لأن الثاني دخل مع الأول على أن ما رزق الله تعالى من ربح كان بينهما والذي رزق الله تعالى هذا النصف والنصف الذي أخذه رب المال في حكم التآلف وكأنه لا ربح إلا هذا فكان بينهما.

ومن أصحابنا من غلط المزني في النقل وقال: يجب أن يكون للعامل الثاني على الأول بنصف أجرة مثله مع ربع الربح لأنه دخل على أن يحصل له نصف الربح فإذا حصل له ربعه رجع بنصف أجرة مثله، ألا ترى أن القراض لو كان فاسداً ولم يحصل له من الربح شيء رجع بجميع أجرة المثل.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن كان اللفظ على أن ما رزق الله تعالى بيننا نصفين فكما ذكر المزني، وإن قال: على أن الربح بيننا نصفين فهل يستحق مع ربع الربح نصف أجرة مثله؟ وجهان **أحدهما**: لا يستحق لأن لفظهما ما تناول إلا ما يصيبهما من الربح فذلك بينهما، **والثاني**: يستحق على ما ذكرنا [١٢٢/ب] وإذا قلنا بقوله الجديد وهو الصحيح فوجهه أنه إذا اشترى في ذمته فقد ملكه وإذا نقد الثمن من المغصوب لا تبرأ ذمته وما دفعه مضمون عليه فلا يمنع ذلك من حصول الملك والربح له، وأما ما ذكره القائل الأول لا يصح لأن ذلك لا يوجب تغيير حكم البيع ويكفي في ذلك الإثم والمنع من الاغتصاب من جهة الإمام والمسلمين فعلى هذا قال المزني: إن كان اشترى بعين المال فالشراء باطل، وإن كان في الذمة فالشراء جائز والربح والخسران للمقارض الأول وعليه الضمان وللعامل الثاني أجر مثله في قياس قوله.

واختلف أصحابنا في هذا أيضاً فمنهم من صوَّب المزني وقال: إن الثاني اشترى للأول فالملك وقع له والربح حصل في ملكه فكان الربح له، وللثاني أجرة المثل فيما عمله ويفارق الغاصب لأنه اشترى لنفسه فكان الربح له، ومن أصحابنا من خطأه فيه وقال: يجب أن يكون رأس المال لرب المال والربح كله للعامل الثاني ولا شيء للعامل الأول من الربح لأن الربح إذا كان للغاصب الذي يتصرف في المال ويعمل فيه على قوله الجديد يجب أن يكون ها هنا للعامل الثاني لأنه هو الذي تصرف في المال وهو ضامنه والأول أصح.

ومن أصحابنا من قال: اعترض المزني في جوابه في القديم وقال: هذا قول قديم يعني وقف العقود فإن الشافعي جوّز في القديم وقال: وقف العقود في هذه المسألة حيث قال: لرب المال أن يأخذ شطر الربح، وإن كان العامل الثاني تصرف بغير إذن رب المال فمن أصحابنا من سلَّم المزني ما ادعى أن هذا الجواب على القول القديم.

ومن أصحابنا من لم يسلم ذلك وقال: هذا قول جديد في وقف العقود والشافعي يجوز في الجديد الوقف لا سيما إذا كان فيه مصلحة أموال الناس وها هنا مصلحة لأنه ربما يدفع مالاً إلى رجل للتصرف على جهة القراض فيذهب العامل ويشتري ما شاء الله أن يشتري وينوي في عقوده صرفها إلى نفسه [١٢٣/أ] ثم يؤدي الأثمان من المال الذي في يده لولا ذلك المال لامتنع الناس من معاملته، فإذا استفاد الأرباح الكثير بسبب ذلك المال رجع بأصل المال بعد عشرين سنة إلى صاحبه ويقول: ما اشتريت بعين المال شيئاً ولا بنية القراض، وإنما كنت اشتري لنفسي وهذا مالك فخذه ولا شيء لك في الربح وقد يغصب المال ويفعل هكذا فقلنا: في هذا الموضع رب المال بالخيار إن شاء أجاز تلك العقود واستفاد أرباحها وإن شاء لم يجزها واقتصر على أصل ماله فأخذه، وكذلك ما عقد العامل بعين المال من العقود وقد مال ابن سريج إلى هذا القول مراعاة للمصلحة، وأما ضمان المال يجب عليهما ولرب المال أن يطالبهما به فإن طالب الأول لم يرجع الأول على الثاني، وإن طالب الثاني رجع على الأول لأنه غرَّه وقيل: في الرجوع قولان.

وقال أكثر أصحابنا بالعراق: لا يُعرف وقف العقود عند الشافعي لا في القديم ولا في الجديد ولا يصح بناء هذه المسألة على هذا لأن البيع الموقوف أن يبيع مال غيره وها هنا إذا اشترى في ذمته فلنفسه اشترى فكيف يقف على إذن غيره؟ وقيل: حصل في هذه المسألة خمسة أوجه: **أحدها**: أن كل الربح لرب المال ولا شيء فيه للعاملين وبه فإن ابن سريج على قوله في القديم: الربح للمغصوب منه، **والثاني**: نصف الربح لرب المال والنصف الآخر للعامل الأول وللعامل الثاني على الأول العامل الأجرة مثله وبه قال أبو إسحاق على قوله في القديم وهذا أقيس، **والثالث**: نصف الربح لرب المال والنصف الباقي بين العاملين وبه قال ابن أبي هريرة على قوله في القديم وهذا ضعيف لأن المضاربة فاسدة والشرط لا يثبت في الفاسد، **والرابع**: الربح كله للعامل الثاني وهذا مذهب محكي على قوله في الجديد، والخامس الربح كله للعامل الأول ويرجع العامل الثاني على العامل الأول بأجرة مثله وبه قال ابن أبي هريرة على قوله في [١٢٣/ب] الجديد وهو اختيار أبي حامد ووجه أن العامل الثاني إنما يصح تصرفه في الذمة وما اشتراه في الذمة بنية الشراء للعامل الأول يقع للأول فيكون الربح له لأنه اشتراه بإذنه وباعه بإذنه ويفارق الغاصب لأنه اشتراه لنفسه.

فرع

لو قال له رب المال: اعمل فيه برأيك جاز أن يدفع منه قراضاً إلى غيره، عند أبي حنيفة وعندنا لا يجوز له ذلك لأن هذا يقتضي أن يكون عمله فيه موكولاً إلى رأيه وإذا

قارض به كان العمل لغيره.

فرع آخر

لو أذن له في مقارضة غيره ولم يأذن له في العمل بنفسه فهذا وكيل في عقد القراض مع غيره وينظر، فإن كان عيَّن من يقارضه لم يجز أن يعدل عنه إلى غيره، وإن لم يعيّن اجتهد فيمن يراه أهلاً له من ذوي الأمانة والخبرة، فإن قارض أميناً غير خبير بالتجارة لم يجز، وكذلك على العكس لو قارض خبيراً بالتجارة غير أمين لم يجز حتى يجتمع الشرطان الخبرة والأمانة فإن عدل إلى مقارضة نفسه فضمن وجميع الربح لرب المال قولاً واحداً، وإن قلنا: الربح للغاصب في أحد القولين لأنه صار بمقارضة نفسه مشترياً لرب المال ولا أجرة له لأنه متطوع بالعمل.

فرع آخر

لو عيَّن من يقارضه فعدل إلى مقارضة غير من عيَّنه رب المال ضمن هو والعامل وكل ربحه لرب المال لأنه اشتراه له ولا أجرة له على رب المال وهل يرجع بأجرته على الوكيل الغارّ؟ وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في الزوج المغرور هل يرجع بالمهر الذي غرمه على الغارّ.

فرع آخر

لو تعدى العامل من غير هذا الوجه الذي ذكرنا، فإن كان لصرف مال القراض في ثمنٍ ما لم يؤمر به ضمن وبطل معه من القراض، وهو كما لو قارض غيره بالمال متعدياً، وإن كان تعديه لتغريره بالمال مثل أن سافر من غير أمره، فإن كان ذلك مع بقاء عين المال بيده ضمنه وبطل القراض [١٢٤/أ] بتعديه لأنه صار مع تعديه في عين المال غاصباً، وإن كان قد فعل ذلك مع انتقال عين المال إلى عروض مأذونٍ فيها ضمنها بالتعدي ولم يبطل به القراض لاستقراره بالتصرف والشراء ذكره في «الحاوي».

مسألة: قال: ولو حالَ الحولُ على سلعةٍ في مالِ القراضِ[١]

الفصل

وهذا كما قال: قد ذكرنا هذه المسألة في كتاب الزكاة واختار المزني أنه لا يملك

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٣٤١/٧).

العامل الربح إلا بالقسمة واحتج بأن الشافعي قال: لو اشترى العامل أباه لا يعتق عليه ولا فائدة في هذه الحجة لأن الشافعي أجاب به على أحد القولين، ثم احتج بما احتج الشافعي لهذا القول فقال: لو كان له ربح قبل دفع المال إلى ربه لكان به شريكاً، ولو خسر حتى لا يبقى إلا قدر رأس المال كان فيما بقي شريكاً لأن من ملك شيئاً زائداً ملكه ناقصاً وهذا مقابل بأنه يملك العامل مطالبة رب المال بالقسمة وتسليم حصته من الربح إليه فدل على أنه ملكه وهذا أصح.

فرع

لو ساقاه على النخل اختلف أصحابنا في زكاة الثمرة على طريقين إحداهما فيه قولان كما في القراض لأن في كل واحد منهما من أحد الجانبين مال ومن الجانب الآخر عمل. والثانية تجب الزكاة عليهما في المساقاة قولاً واحداً، والفرق أنه استقر ملكه على الثمرة حتى لو بقي منها تمرة واحدة كانت مشتركة بينهما وفي القراض الربح وقاية لرأس المال ولم يستقر عليه ملك العامل فافترقا والله أعلم.

باب

قال المزني: وهذه مسائل تحريت فيها مذهب الشافعي من ذلك قال: ولو دفع إليه ألف درهم فقال: خذه فاشتر به هروياً أو مروياً.

الفصل

وهذا كما قال: إذا دفع إليه ألفاً قراضاً وقال: اشتر به هروياً أو مروياً بالنصف أجمع أصحابنا على فساده كما قال المزني: واختلف أصحابنا في تعليله فقال ابن أبي هريرة: إنما فسد لأنه لم يبين أي الجنسين يشتري بل قال: هروياً أو مروياً [١٢٤/ب] ولم يعيّن فلم يصح وهو معنى قوله: لأنه لم يبين، حتى لو خيره بين الهروي والمروي تفويضاً إلى اجتهاده صحَّ، وإن لم يتلفظ بلفظ القراض ولا بلفظ المضاربة، وقال أبو إسحاق: فسد لوجهين **أحدهما**: أنه قال: بالنصف ولم يبين بكون النصف لرب المال فيكون فاسداً لأنه لم يبين ما يستحقه العامل أو يكون النصف للعامل فيكون صحيحاً ويكون الربح بينهما نصفين، فلما لم يبين ذلك فسد، وقوله: هروياً أو مروياً تنويع الحال لا شك، **والثاني**: أنه قال: اشتر ولم يأذن له في البيع والقراض يقتضي أن يملك العامل الشراء والبيع جميعاً بأن يقول: خذه قراضاً أو ينص عليه فيقول: خذه وبع واشتر، ومن أصحابنا من قال: فسد لأن شرط التجارة فيما لا يعم وجوده وهذا ليس بشيء لأن الهروي والمروي يعم وجود كل واحد منهما، ومن

أصحابنا من قال: فسد لأنه لم يتلفظ بلفظٍ موضوع لهذا العقد واقتصر على قوله: خذه ولفظ الأخذ لفظ صالح لمعانٍ مختلفة ومعنى قول المزني: لأنه لم يبين أي: لم يبين جهة الدفع، فإذا تقرر هذا قال: فإن اشترى فجائز وله أجر مثله وإنما جاز الشراء لأنه مأذون فيه، وإن لم يصح القراض وإنما وجب أجر المثل لأنه لم يتبرع بالعمل، ولو باع فباطل لأن البيع بغير أمره إذا لم ينزله منزلة عامل القراض بل نزلناه منزلة الموكل بالشراء وليس في لفظه أمر بالبيع وهذا يدل على صحة العلة الثانية التي ذكرها أبو إسحاق.

مسألة: قال: فإنْ قال: خذْهَا قراضاً أو مضاربةً على ما شرط فلانٌ من الربحِ لفلانٍ[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا دفع دراهم أو دنانير إلى رجل وقال: خذها قراضاً على ما شرط فلان لفلانٍ وهما عالمان بذلك الشرط كان ذلك القراض جائزاً، لأن الشرط المعلوم لهما قام مقام شرطهما بينهما، ألا ترى أن رجلاً لو قال لرجل: بعتك هذا العبد بما باع به فلان عبده من فلانٍ وكانا عالمين بأنه باعه منه [١٢٥/أ] بألفٍ جاز وانعقد بألفٍ كذلك ها هنا، ولو كانا جاهلين أو أحدهما: بما شرط فلان لفلانٍ كان باطلاً، ولو كانا عند العقد جاهلين ثم علما لم ينفع العلم الحاصل بعد العقد.

مسألة: قال: ولو قالَ أحدهما: على أن يكونَ لكَ ثلثُ الربحِ وما بقي فلي منه الثلث ولك الثلثان فجائزٌ.

الفصل

وهذا كما قال: شرط صحة القراض أن تكون أجزاء الربح معلومة لهما فإذا قال: قارضتك على هذا الألف على أن ثلث ربحه للعامل وما بقي من الربح فثلثه لرب المال وثلثاه للعامل جاز لأن الأجزاء معلومة وحصته من تسعة أسهم ثلثها ثلاثة وتبقى ستة فيكون ثلثها سهمين وثلثاها أربعة فيكون لرب المال سهمان من تسعة وللعامل سبعة وصار في التقدير كأنه شرط للعامل سبعة أسباع الربح والباقي لرب المال.

فرع

لو قال: خذ هذا المال قراضاً ولم يزد، حكى ابن سريج أنه قال: يجوز ويكون الربح

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٤٤).

بينهما نصفين لأن هذا هو الغالب من أحوال القراض فحكم إطلاقه يحمل عليه وهذا غلط لأنه لو جاز هذا لجاز إطلاق البيع من غير ذكر الثمن ويحمل على ثمن المثل وهو القيمة.

فرع آخر

لو قال: قارضتك على أن نصف الربح لي لم يجز القراض لأن العامل لا يستحق الربح إلا بالشرط، فإذا لم يشترط له شيئاً لم يصح، ومن أصحابنا من قال: يصح لأن قوله: قارضتك اقتضى أن يكون الربح بينهما نصفين، فإذا قطع النصف لنفسه كان الباقي للعامل والمذهب الأول.

فرع آخر

لو قال: قارضتك على أن لك نصف الربح جاز لأن رب المال يستحق الباقي من غير شرط، ومن أصحابنا من قال: لا يصح ها هنا أيضاً لأنه سكت عن الشرط لأحد المتقارضين فلم يجز كما لو سكت عن الشرط للعامل والمذهب الأول والفرق بينهما ظاهر، وذلك أن رب المال يستحق الربح بماله لأنه نماء المال والعامل يستحقه بالعمل فإذا قدر له نصيباً كان الباقي تابعاً للمال ولهذا [١٢٥/ب] قلنا: شركة العنان لا يحتاج إلى تقدير الربح بينهما لأنه تابع لماليهما.

فرع آخر

لو قال: على أن لك النصف ولي السدس صح على هذا القول الصحيح لأن الثلث الباقي له من غير شرط.

فرع آخر

لو قال: قارضتك على أن ما سهل الله تعالى من ربحٍ كان بيننا قال ابن سريج: يصح ويكون بينهما نصفين لأنه قوله: بيننا يوجب الاشتراك والتسوية، ومن أصحابنا من قال: لا يصح قوله: بيننا يحتمل بيننا نصفين ويحتمل ثلاثاً وثلثين فما شرطه له من الربح مجهول فلا يصح والمذهب الأول هو اختيار أبي حامد لأنه لما سوى في الإضافة كان بينهما نصفين كما لو قال: هذه الدار لزيد ولعمر واقتضى أن يكون بينهما نصفين.

فرع آخر

لو قال: قارضتك على هذا المال بالنصف أو الثلث أو الثلثين قال ابن سريج: يصح ويكون المسمى من الربح راجعاً إلى العامل لأن الربح كله لرب المال والعامل إنما استحق

منه سهماً بالشرط، فإذا شرط انصرف الشرط إلى ما يفتقر إلى الشرط وهو نصيب العامل دون ما لا يفتقر إلى الشرط، وفيه وجه آخر لا يصح على ما ذكرنا.

فرع آخر

لو اختلفا في هذه المسألة فقال العامل: شرطته لي فالعقد صحيح، وقال رب المال: بل شرطت لنفسي قال ابن سريج: القول قول العامل لأن الظاهر معه على ما بيناه.

فرع آخر

لو قال: خذ هذا المال فاشتر به وبع ولم يزد عليه فلا خلاف أنه لا يكون قراضاً صحيحاً، وهل يكون قراضاً فاسداً أو معونةً؟ وجهان **أحدهما**: أنه استعانة بعمله فهو كما لو قال: اشتر وبع على أن يكون كل الربح لي فعلى هذا لا أجرة للعامل، **والثاني**: أنه قراض فاسد لأنه الأغلب من حال أمره فعلى هذا يكون للعامل أجر مثله حصل فيه ربح أو لا.

فرع آخر

لو قال: خذ هذا الألف قراضاً ولك ربح نصفه لم يجز خلافاً لأبي حنيفة وأبي ثور، ولو قال: ولك نصف [١٢٦/أ] ربحه جاز والفرق ظاهر وهو أن هناك يصير منفرداً بربح أحد النصفين من غير أن يكون لرب المال فيه حق، وعاملاً في النصف الآخر من غير أن يكون له فيه حق وهذا ليس من حكم القراض.

فرع آخر

لو قال: خذ هذا المال واعمل فيه على أن ما سهَّل الله تعالى من الربح كان بيننا نصفين يصح ويكون قراضاً، وإن لم يتلفظ به لأنه ذكر ما يقتضيه القراض من العمل والاشتراك في الربح فهو كما لو قال: ملَّكتك هذا المال بكذا صح ويكون بيعاً وإن لم يتلفظ بلفظ البيع.

فرع آخر

لو قال: قارضتك على هذا المال على أن تعمل فيه فما رزق الله تعالى من ربحٍ فهو لك كان هذا قراضاً فاسداً لأنه شرط شرطاً ينافي مقتضى عقد القراض فأبطله.

فرع آخر

لو قال: قارضتك على هذا المال على أن الربح كله لي كان قراضاً فاسداً أيضاً، وهل

يستحق العامل أجر المثل؟ وجهان **أحدهما**: قاله المزني: لا أجرة له لأنه متطوع بعمله، **والثاني**: قاله ابن سريج: له الأجرة لأنه عمل في قراضٍ فاسدٍ فهو كما لو نكح بلا مهرٍ، وقال أبو حنيفة: يكون بضاعةً والربح كله لرب المال ولا أجرة للعامل.

فرع آخر

لو قال: خذ هذا المال على أن الربح كله لك ولم يقل قراضاً فهو قرض صحيح، وقال في «الحاوي»: فيه وجهان **أحدهما**: يكون قرضاً، **والثاني**: يكون قراضاً فاسداً لأن القرض غير منطوق به.

فرع آخر

لو قال: خذ هذا المال واعمل فيه على أن يكون الربح كله لي فهو بضاعة، ومعنى البضاعة أن يعطيه مالا يتجر به له لا بعوضٍ استعانةً به فيكون كل الربح لرب المال ولا أجرة للعامل لأنه لم يتلفظ بلفظ القراض ولا بمعناه، وذكر معنى البضاعة فيصير بضاعةً قال ابن سريج: والأصل في هذه المسائل على قول الشافعي أن كل لفظةٍ موضوعة [١٢٦/ب] لعقدٍ، فإذا وصل بها ما ينافيها بطلت، ألا ترى لو قال: بعتك بلا ثمنٍ وآجرتك بلا أجرةٍ لم يصح وكل لفظةٍ تحتمل عقدين تميّز بالصلة فإذا قال: ملّكتك بالثمن كان بيعاً، ولو قال: بلا عوضٍ كان هبةً لأن لفظ التمليك يحتمل البيع والهبة وإذا قال: ملّكتك منافع هذه الدار شهراً بعشرةٍ كان إجارة، ولو قال: بلا أجرة كان عارية كذلك ها هنا إذا قال: قارضتك يقتضي اشتراكهما في الربح فإذا شرط خلاف ذلك بطل، ولو قال: أقرضتك يقتضي أن يكون الربح كله للمستقرض، فإذا قال: على أن الربح لي أو بيننا بطل وكان قرضاً فاسداً، وإذا قال: أبضعتك هذا المال على أن الربح بيننا أو لك كان فاسداً أيضاً، ولو قال: خذ هذا يُنظر إلى ما يصلح للقراض أو القرض أو البضاعة، فإذا شرط ذلك عمل عليه.

وقال بعض أصحابنا بخراسان عن ابن سريج أنه قال: إذا قال: قارضتك على أن لا شيء لك من الربح أو على أن جميع الربح لي فيه وجهان **أحدهما**: يُراعى المعنى ويكون بضاعة، وبه قال أبو حنيفة، **والثاني**: يراعى اللفظ فهو قراض فاسد وكذلك في ضده، ولو قال: على أن جميع الربح لك ففي الوجه الأول قرض صحيح وفي الثاني هو قراض فاسد، وكذلك لو قال: أبضعتك على أن جميع الربح لك ففي أحد الوجهين هو قرض صحيح مراعاةً للمعنى وفي الوجه الثاني هو بضاعة غير أن العامل لم يتبرع بالعمل فله أجر مثله وهذا غير مشهور عن ابن سريج عند أصحابنا بالعراق، وقال مالك: إذا قال: قارضتك على أن يكون كل الربح لك أو لي يصح القراض ويكون الربح لمن شرط وكأنه وهبه من صاحبه

وهذا غلط لأن الهبة لا تصح قبل حصول الموهوب.

فرع آخر

لو قال: خذ هذا وابتع به على أن ما رزق الله تعالى من ربح يكون بيننا نصفين لم يجز لأنه لم يأذن له في البيع، ولو قال: خذ هذا واعمل فيه على أن ما رزق الله [١٢٧/أ] تعالى من ربح يكون بيننا صح لأن قوله: واعمل فيه يقتضي إطلاقه البيع والشراء على حسب ما يعمل في القراض، وليس كذلك إذا خص الابتياع وأمسك عن البيع فإن الظاهر منه أنه لم يأذن له إلا في الابتياع.

فرع آخر

لو قال: قارضتك في هذا المال على أن لك نصف الربح إلا عشرة دراهم لم يصح لأنه يجوز أن لا يكون فيه الربح إلا عشرة دراهم فينفرد به رب المال دون العامل فيؤدي ذلك إلى خلاف ما يقتضيه عقد القراض.

فرع آخر

لو قال: قارضتك على أن يكون لك شركة في الربح أو شرك لم يصح، وروي عن محمد ابن الحسن أنه قال: شركة يصح وكان له النصف، ولو قال: شرك لم يصح، وقال أصحاب مالك: يصح ويكون له مضاربة المثل.

مسألة: قال: فإنْ قارضهُ على دنانيرَ فحصلَ في يدهِ دراهمُ[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا قارضه على دنانير فحصل في يده دراهم وأراد المفاصلة كان على العامل صرف الدراهم إلى الدنانير لأن المقاسمة عند المفاصلة إنما ترد على النقد الذي لاقاه، وكذلك إذا قارضه على دراهم فحصل في يده دنانير وأراد المفاصلة كان على العامل صرفها إلى الدراهم، ولو كان رأس المال دراهم صحاحاً وحصل في يده مكسَّرة باع المكسرة بالصحاح، فإن لم يكن بينهما فضل يمكن بيع أحدهما: بالآخر متماثلاً، وإن كان بينهما فضل باع المكسر بالذهب ثم الذهب بالصحاح من الدراهم قال: أبو إسحاق: إلا أن يرضى رب المال أن يقبض منه ما حصل عوضاً من رأس المال بقيمة يتفقان عليها فيكون

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/٣٤٧).

ذلك جائزاً ويتقاسمان الفضل من رأس المال، وإن باع مقدار رأس المال وفضل فضْل قال ابن أبي هريرة: إن تراضيا على قسمته اقتسماه، [١٢٧/ب] وإن أراد أحدهما: بيعه كان لمن أراد البيع بيعه لأن له في ذلك بغية وهي أن العرض قد يشترى جملةً بأكثر ما اشتري متفرقاً، قال صاحب «الإفصاح»: فإن كان ذلك مما لا يختلف فيه حكم التَّفريق والجمع لم يجبر الممتنع على البيع وهذا لأنه مشترك بينهما والمال المشترك لا يجب على أحد الشريكين بيعه وتصريفه من جنسٍ إلى جنسٍ فيقتسمان ذلك على صفته، وإن كان مما يختلف فيه حكم الجمع والتفريق أجبر على البيع على ما ذكرنا.

مسألة: قال: وإنْ دفعَ مالاً قراضاً وعليهُ ديونٌ[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا قارض المريض رجلاً بماله في مرضه المخوف فالقراض صحيح لأنه عقد يبتغى منه طلب الربح كالبيع ونحوه، فإذا تقرر هذا فما شرَطه للعامل من الربح يحتسب من رأس المال دون الثلث، وإن كان أكثر من أجرة مثله لأن اعتبار الثلث إنما يكون إذا أخرج من ماله شيئاً من غير عوضٍ، وها هنا لم يخرج من ماله شيئاً والربح يحصل بتصرف العامل وعمله فلا يكون من الثلث، فإن قيل: أليس إذا آجر داره وحابى في أجرتها تعتبر المحاباة من الثلث ولم يخرج من ماله شيئاً؟ قلنا: الفرق أن منافع الدار تجري مجرى المال بدليل أنه تجوز المعاوضة عليها وليس كذلك منافع الدراهم لأنه لا تجوز المعاوضة عليها وإنما يحصل الربح بتقليب العامل وتصرفه فهو فائدة عمله فافترقا. فإن قيل: ما تقولون إذا ساقى في مرضه وشرط للعامل من الثمرة أكثر من أجرة المثل قلنا: من أصحابنا من قال: يعتبر من رأس المال كالقراض سواء، ومنهم من قال: تعتبر تلك الزيادة من الثلث وهو الأصح، والفرق أن ثمرة النخل حادثة من عين ماله فهي جارية مجرى العين وليس كذلك الربح لأنه [١٢٨/أ] متولد من تصرف العامل دون عين الدراهم والدنانير فافترقا، ولهذا لو غصب نخلة فأثمرت كانت الثمرة لصاحب النخل، ولو اتَّجر الغاصب في الدراهم المغصوبة فربح كان الربح للغاصب في أحد القولين، فإذا تقرر هذا ومات رب المال بعد عقد القراض من ذلك المرض فالعامل أحق بحصته من الربح من سائر الغرماء سواء قلنا: يملك العامل الربح بالظهور أو بالقسمة لأن حقه متعلق بعين المال فكان بمنزلة المرتهن والمجني عليه فيقدم على سائر الغرماء، ولو قال الوارث للعامل: أعطيك حقك من غير عينه

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٤٨).

ليس له ذلك وله أن يعطي سائر الغرماء ديونهم من غير عين المال لأن له اختصاصاً في هذا العين وهو كالشريك فيه.

مسألة: قال: فإن اشترى عبداً فقالَ العامل: اشتريته بمالي لنفسي[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا اشترى العامل سلعةً في ذمته وفيها ربح فقال: اشتريتها لنفسي، وقال رب المال: اشتريتها للقراض فالقول قول العامل مع يمينه لأن يده عليه ثابتة ولأن المرجع في شرائه إلى قصده ونيّته فيقبل قوله فيما نواه، وهكذا لو اشترى سلعةً فيها خسران فقال: اشتريتها لمال القراض، وقال رب المال: بل اشتريتها لنفسك فالقول قول العامل أيضاً لما ذكرناه، ولو أقام رب المال بينة على إقراره يقبل وإن أقام البينة في المسألة الأولى أنه عقد بعين مال الإقراض فيه وجهان **أحدهما**: قاله ابن أبي هريرة: تسمع ويحكم بها عليه لأن العقد على عين مال القراض لا يكون إلا في القراض، **والثاني**: وهو الأظهر: لا تسمع لاحتمال أن ينوي بالعقد على العين أن يكون لنفسه فيبطل، ولا يبطل في مال القراض.

فرع

لو قال الوكيل: اشتريت أو بعت وأنكر رب المال ذلك قد ذكرنا [١٢٨/ب] قولين، ولو قال العامل ذلك وأنكر رب المال قيل: فيه قولان أيضاً وقيل: يقبل قول العامل قولاً واحداً وهو الأظهر لأنه عقد تسليط وتبسّطٍ في التصرف ويتعذر عليه إقامة البينة في كل بيعٍ وشراءٍ في الغالب فيسمع قوله في ذلك بخلاف الوكيل.

مسألة[2]: قال: ولو قال: اشتريتُ هذا العبدَ بجميع الألف القراضِ، ثم اشتريت هذا العبد الثاني بذلك الألف.

الفصل

وهذا كما قال: صورة المسألة أن يدفع إليه ألفاً ويقارضه عليه فاشترى عبداً للقراض بألفٍ فإن الألف الأول يكون للقراض، **والثاني**: لا يكون للقراض لأن العامل إنما يجوز أن يشتري للقراض بقدر رأس المال فلا يصح شراء الثاني للقراض، ولا فرق بين أن يكون الشراء الأول بعين الألف أو مطلقاً لأنه إن كان بعين الألف فقد استحق في ثمن العبد الأول

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٤٩).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٥٠).

فلا يبقى للثاني شيء، وإن كان مطلقاً بنية القراض فقد صار مال القراض مستغرقاً بثمنه وإن لم يصر معيناً، وهل يصح الشراء في حق العامل؟

قال المزني: يلزم العبد الثاني العامل وظاهره أنه لا فرق بين أن يشتريه بعين الألف أو في الذمة، وقال أصحابنا: هذا لا يصح على أصل الشافعي لأنه إذا اشترى بعين الألف بطل الشراء لأنه ملكه البائع الأول إن كان الشراء بعين الألف واستحق عليه تسليمه إليه، وإن كان في الذمة فلم يصح الشراء بعينه ثانياً بحالٍ لا له ولا للعامل، وإن كان اشتراه في الذمة ونقد هذا الألف في ثمنه فالابتياع صحيح والعبد يكون للعامل، فإذا نقد الألف في ثمنه ضمنه لأنه قد تعدى في ذلك وأما الربح الذي يحصل في هذا العبد فيه قولان على قوله في الجديد يكون للمشتري وعليه ضمان الألف، وعلى قوله في القديم: يكون لمالك الألف.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لعل المزني أراد بقوله: جميع الألف القراض أن يشتري الأول في الذمة على نية القراض فلذلك صح البيع الثاني لأن عين الألف ما صارت مستحقة في العقد السابق فيحتمل أن المزني صحح [١٢٩/أ] العقد الثاني في الحكم عند تكذيب البائع إياه في كون الألف مستحقة بالعقد الأول لأن من اشترى شيئاً بأعيان دراهم وتلك الدراهم في يده ثم ادعى أن هذه الدراهم التي عيَّنها في العقد مستحقة بعقدٍ سابق عقدته لم يقبل قوله وهذا أقرب من التأويل الأول وذلك بعيد.

مسألة: قال: وإنْ نهى ربُّ المالِ أنْ يشتري ويبيع[١].

الفصل

وهذا كما قال: قد ذكرنا الحكم إذا فسخ رب المال القراض وأنه إذا كان الحاصل عرضاً له أن يبيع، ولو قال رب المال: لا تبعه فإني أقوّم العرض كله وأدفع إليك قدر ما يحصل من الربح له ذلك في أصح الوجهين.

مسألة: قال: ولوْ قال العاملُ: ربحت ألفاً ثم قال: غلطتُ[٢].

وهذا كما قال: إذا قال العامل: ربحت ألفاً فلما كان عند المفاصلة قال: غلطت ورجعت إلى الحساب فتيقنت أنه كان بخلاف ذلك، أو كذبت خوفاً أن تنزع المال من يدي لم يقبل رجوعه لأنه رجوع عن الإقرار السابق وإسقاط لحق رب المال الذي ثبت بإقراره.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٥٢).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٥٣).

وقال مالك: إن كان في موضعٍ يكون هناك موسم فقال: إنما قلت ذلك لخوف نزع المال من يدي قبل وقت الموسم قبلَ ذلك منه، ولو لم يكذب نفسه ولكن قال: كنت ربحت ثم خسرت قبل منه لأنه ليس برجوعٍ عن الأول ولا تكذيب له وهذا إذا أمكن الخسران في مثل تلك المدة، وكذلك لو قال: ردَّ المشتري عليّ بالعيب واسترجع الثمن ثم تلف الشيء في يدي قُبل منه لأنه أمينٌ ولا يخرج بتلك الكذبة السابقة عن قبول يمينه لأنه لم يأت بتعدٍ ولا جحود في أصل المال بل كذب في الربح فهو في أصل المال أمين على أن الكذب لم يظهر ها هنا لأنه قال: رُدَّ عليّ وتلف، ولو ظهر الكذب بأن قال: لم أربح فلم يقبل ثم قال: تلف فهو أمين أيضاً يُقبل قوله مع يمينه.

فرع

إذا قال: ربحت ألفاً ثم قال: غلطت فلم يُقبل فسأل إحلاف رب المال فإن ذكر شبهةً محتملة يستحق بها إحلافه، وإن لم يذكر شبهةً [١٢٩/ب] فيه وجهان **أحدهما**: قاله ابن سريج وابن خيران: له إحلافه لإمكان قوله، وقال أبو إسحاق: لا يحلف لما تقدم من إقراره.

مسألة: قال: وإنِ اشترى العاملُ أو باعَ بما لا يتغابن الناسُ بمثله[١].

الفصل

وقد ذكرنا هذه المسألة بالشرح فلا معنى للإعادة.

مسألة: قال: وإذا اشترى في القراض خمراً أو خنزيراً أو أم ولد[٢].

الفصل

وهذا كما قال: جملته أنه لا يجوز للعامل أن يبيع الخمر ولا أن يشتريه سواء كان العامل نصرانياً أو مسلماً، وقال أبو حنيفة: إن كان العامل نصرانياً له أن يشتري الخمر ويبيع، وقال أبو يوسف ومحمد: يصح الشراء منه دون البيع لأنه يدخل ما يشتريه في ملكه أولاً ويجعل كأنه اشترى عصيراً فصار في يده خمراً فيكون ذلك لرب المال ولا يمكن بيعها من جهة المسلم وهذا غلط لأنه مائع نجس كالدم، فإذا تقرر هذا فلو اشترى خمراً أو خنزيراً

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٥٣).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٥٤).

أو أم ولد ودفع الثمن فالشراء باطل وهو للمال ضامن في قياس قوله: ويسترجع المال من البائع، فإن كان قد تلف كان لرب المال أن يطالب العامل أو البائع فإن رجع على العامل رجع العامل على البائع، وإن رجع على البائع لم يرجع على العامل لأنه دخل على أن يكون تلفه من ضمانه، وقال أصحابنا بخراسان: إنما يضمن العامل إذا علم أنه خمراً أو أم ولد، فإن لم يكن علم فبان ذلك لم يضمن لأن الاحتراز منه لا يمكن.

ومن أصحابنا من قال: في الخمر يضمن لأنه لم يتأمل بل فرَّط بخلاف أم الولد، واختار الشيخ أبو حامد أنه يلزمه الضمان لأنه دفع الثمن بغير حق وحكم ضمان المال لا يختلف بالعلم والجهل.

فرع

إذا قارض رجل رجلين بألف درهم على أن لهما نصف الربح صح القراض ولكل واحد منهما ربع الربح لأن العقد مع الاثنين بمنزلة العقدين فكأنه قارض كل واحد منهما على خمسمائة ويكون نصف ربحها لرب المال ونصفه للعامل، فإن قيل: إذا قارض اثنين بمالٍ واحدٍ وعملا فيه وقسما الربح فقد حصل بينهما [١٣٠/أ] شركة الأبدان وعندكم لا تصح شركة الأبدان قلنا: هما ليسا شريكين وإنما يعملان على المال المشترك بينهما في القراض، ولأن كل واحد منهما يعمل على نصف المال ولا اعتبار باشتراكهما في العمل فيه، ألا ترى أن في شركة العنان يعملان في المال والربح بينهما على قدر المالين ولا اعتبار بعملهما، وإن كان له تأثير في الربح كذلك ها هنا وعلى ما ذكرنا يجوز أن يسوَّى بينهما في الربح، ويجوز أن يفاضل ويشترط لأحدهما: النصف وللآخر الثلث ونحو ذلك ويكون كأنه قارض أحدهما: في نصف المال بنصف الربح وللآخر في نصفه بثلث الربح وشرط لأحدهما: النصف وللآخر الثلث فيجوز، وقال مالك: لا يجوز لأنهما شريكان بأبدانهما فلا يجوز تفاضلهما في الربح كالمنفردين وهذا غلط لأن هذا بمنزلة العقدين فجاز أن يشترط في أحدهما: أقل من الآخر كما لو انفردا وقد بينا أن هذا ليس بشركة الأبدان.

فرع آخر

لو دفع رجلان إلى رجلٍ ألف درهم هو بينهما نصفين وشرطا له الثلث ولهما الثلثين جاز وإن قالا له: لك النصف ولفلان الثلث، ولشريكه السدس لم يصح لأن المال لهما فيجب أن يشتركا في الربح على قدر المالين بالسوية، وإن شرطا له من نصيب أحدهما: تسعي الربح ومن نصيب صاحبه أربعة أتساع الربح ويكون الباقي بينهما لم يصح، وقال أبو حنيفة: يصح وهو اختيار أبي ثور وهذا غلط لأن صحتها من ثمانية عشر فيأخذ العامل من

نصيب أحدهما: من تسعة سهمين ويبقى له سبعة ومن نصيب الآخر من تسعة أربعة ويبقى له خمسة فيؤدي إلى انفراد أحدهما: بزيادة الربح وقولهما: يكون الباقي بيننا يقتضي التسوية بينهما في الباقي، ولو قالا: ويكون الباقي سبعة أتساعه لفلان وخمسة أتساعه لفلان صح ذلك لأنهما لم يشترطا التسوية بينهما في الباقي وهذا العقد بمنزلة العقدين فيجوز أن يشترط لأحدهما: من نصيبه الربح أكثر مما يشترط الآخر. [١٣٠/ب]

فرع آخر

لو دفع إلى رجلٍ ألفاً قراضاً على أن يعطيه ألفاً بضاعةً لم يجز نص عليه في «الأم» لأنه لم يرض بأن يكون عوض عمله في القراض ما شرط له من الربح حتى يعمل له في الألف الذي هو بضاعة عملاً ويكون له ربحه ينفرد به وكأنه شرط لنفسه بعض الربح من أحد الألفين وجميع الربح من الألف الآخر وهذا لا يجوز.

فرع آخر

قال: لو دفع إليه ألف درهم قراضاً ثم دفع إليه ألفاً آخر وقال له: ضمه إلى الأول حتى يكون الكل قراضاً لم يصح إن كان قد تصرف في الأول، وإن لم يكن تصرف فيه صح لأنه إذا تصرف في الأول يجوز أن يحصل فيه خسران وفي الثاني ربح فيجبر الخسران في أحدهما: بربح الآخر ولا يجوز أن يجبر أحد العقدين بالآخر، وعلى هذا إن كان قد اشترى بالألف الأول متاعاً وباعه ونضَّ الثمن جاز ضم الآخر إليه لأن هذا المعنى مأمون فيه فيكون بمنزلة ما لو لم يتصرف فيه، ولو قال له: ضم إليه ألفاً من مالك ويكون الربح بيننا على الثلث والثلثين لم يصح لأن هذه شركة ويجب أن يكون الربح على قدر رأس المال، ولو عمل فربح كان الربح بينهما نصفين على قدر المالين ويكون للعامل نصف أجر مثله على رب المال، ولو قال: ضم إليه ألفاً آخر واعمل فيه وما يحصل من الربح كان بيننا نصفين ولك السدس من نصيبي بحق العمل صح ويكون ذلك قراضاً في الألف والاختلاط بماله لا يمنع صحته لأن القراض يجوز في المال المشاع، وقال أصحاب مالك: لا يجوز أن تُضم إلى القراض شركة وهذا غلط لأنه لم يجعل أحد العقدين شرطاً في الآخر فجاز.

فرع آخر

لو اختلف العامل ورب المال في مقدار الربح فقال رب المال: شرطت لك النصف منه، وقال العامل: بل شرطت الثلثين تحالفا، فإذا حلفا انفسخ عقد القراض وكان لرب المال رأس المال والربح وللعامل أجر مثله وهذا لأنهما لما تحالفا بقي على الجهالة

فانفسخ، وإن حلف أحدهما: [١٣١/أ] ونكل الآخر عن اليمين حكم له عليه، وقال أبو حنيفة: القول قول رب المال مع يمينه وهذا غلط لأنهما اختلفا في صفة عقدٍ فيتحالفان كما لو اختلف المتبايعان في الثمن.

فرع آخر

لو دفع إليه مالاً فنضَّ في يده ثلاثة آلاف واتفقا على حصة العامل وأن المشروط له النصف واختلفا في رأس المال فقال العامل: رأس المال ألف والربح ألفان، وقال رب المال: بل رأس المال ألفان والربح ألف فالقول قول العامل لأن المال في يده ورب المال مدعي عليه، ومن أصحابنا من قال: يتحالفان كما إذا اختلفا في مقدار الربح والأول أصح، وقال في «الحاوي»: فيه لأصحابنا وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في العامل هل هو وكيل أو شريك **أحدهما**: القول قول رب المال إذا قلنا: إن العامل وكيل مستأجر وبه قال زفر، **والثاني**: القول قول العامل، إذا قلنا: إنه شريك مساهم وبه قال محمد وهذا أصح وعن أبي حنيفة روايتان.

فرع آخر

لو أحضر العامل ثلاثة آلاف وقال: رأس المال منها ألف والربح ألف، والثالث: لي أو وديعة في يدي أو هو دين عليّ من قراضي وادعاه رب المال ربحاً فالقول قول العامل مع يمينه لمكان يده، وكذلك لو لم يكن ربح، واختلفا في قدر رأس المال فالقول قول العامل بلا إشكالٍ.

فرع آخر

لو اشترى العامل عبداً ثم اختلفا فقال رب المال: كنت نهيتك عن ابتياعه، وقال العامل: ما نهيتني عنه فالقول قول العامل لأن رب المال يدعي خيانته فلا يقبل قوله عليه.

فرع آخر

إذا دفع إلى رجلين مالاً قراضاً على أن له نصف الربح ولهما النصف نصفين بينهما فعملا ونضَّ المال ثلاثة آلاف، ثم اختلفوا فقال رب المال: رأس المال ألفان والربح ألف لي منه خمسمائة ولكما خمسمائة لكل واحد منكما مائتان وخمسون فكذبه **أحدهما**: وصدقه الآخر فهذه المسألة مبنية على ثلاثة أصول أحدها أن رب المال والعامل [١٣١/ب] إذا اختلفا في مقدار رأس المال فالقول قول العامل، **والثاني**: أن العامل لا يأخذ قسطه من

الربح حتى يسلم لرب المال رأس ماله، **والثالث**: أن العاملين كالعامل الواحد في حكم الربح والخسران فإذا كان القول قول من كذبه فحلف ثبت أن رأس المال ألف وأن الربح ألفان في حقه يأخذ خمسمائة ويبقى هناك ألفان وخمسمائة يقول المصدق لرب المال: لك ألفان رأس مالك وقد بقي خمسمائة لك ثلثاها ولي ثلثها، لأن شريكي لو أنصف أخذ مائتين وخمسين ويبقى سبعمائة وخمسون لك ثلثاها ولي ثلثها فلما أخذ خمسمائة غصبنا معاً على مائتين وخمسين فيكون مناً بالحصة يكون ثلثا ما بقي لك ولي الثلث كما لو كان جميع الربح مائة وخمسين فغصب أجنبي منها مائتين وخمسين يكون منا معاً كذلك ها هنا فيفيد قولنا: القول قول العامل في قدر رأس المال أنهما لما اختلفا ها هنا كان القول قوله ويفيد قولنا: لا يأخذ العامل شيئاً من الربح حتى يحصل رأس المال لصاحبه أن ما غصبه العامل يحتسب من الربح لا من رأس المال، ويفيد قولنا: إنهما يجريان مجرى عاملٍ واحدٍ أن العامل المصدق لا يمكنه أن يقول: لا يلزمني حكم ما أخذه ذلك العامل بل استحق كمال نصيبي من الربح ويقال له: أنت وهو كالعامل الواحد فما يأخذه محسوبٌ من حقك ويصير كما لو تلف شيء من المال.

فرع آخر

يجوز لولي اليتيم أن يقارض في مال اليتيم ولا يأذن له بالتصرف نساء بحالٍ لأن في ذلك غرراً، ولا فرق بين أن يكون الولي أباً أو جداً أو قيّماً أو وصياً نصَّ عليه في «البويطي» وإنما يجوز أن يدفع إلى من يجوز له أن يودع ماله عنده وهذا لقوله ﷺ: «ابتغوا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة»[1].

فرع آخر

لو اشترى العامل من مال القراض عبداً أو [١٣٢/أ] أمَةً فأراد رب المال أو العامل أن يزوج العبد أو الأمة وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع منهما عليه لأن في ذلك نقصان قيمتها، وإن اتفقا عليه كان لهما ذلك ويفارق هذا أمة المأذون له في التجارة إذا أراد السيد تزويجها فإنه إن لم يكن عليه دين جاز له تزويجها لأنه لا حق فيه للعبد وإنما الحق للسيد، وإن كان عليه دين لم يجز تزويجها وإن وافقه العبد لأن حقوق الغرماء ما تعلقت بما في يده وفي مال المضاربة لا حق لغيرهما وكذلك لا يجوز لواحدٍ منهما أن يكاتبه لأن الكتابة كالإتلاف، ألا ترى أنه لو كاتب عبده في مرضه اعتبر قيمة العبد من الثلث، ولو اتفقا عليه

(١) ذكره ابن حجر في «**تلخيص الحبير**» (٢/١٥٨).

جاز ثم إذا أدى المال وعتق قال في حرملة: فإن لم يكن في المال فضل فالولاء لرب المال، وإن كان فيه فضل فالولاء بينهما ولا يجوز لواحدٍ منهما وطئها إذا كان أمة سواء قلنا: يملك بالظهور أو بالقسمة لأنه يستضر العامل بنقصان قيمتها بالإحبال.

فرع آخر

لو اشترى رب المال سلعة من مال القراض من العامل لم يجز لأنه ماله والعامل وكيله يتصرف فيه بإذنه ويفارق المولى يجوز له أن يشتري من مكاتبه ما في يده لأنه يتصرف فيه من غير إذن السيد فهو معه بمنزلة الأجنبي، وقال أبو حامد: قال بعض أصحابنا: يجوز للسيد أن يشتري من المأذون إذا ركبته الديون لأنه حق الغرماء ثم قال هنا: لا تصح لأنه ملك السيد ويحتمل أن يريد هذا القائل أن السيد يأخذه بقيمته كما يدفع قيمة العبد الجاني ولا يكون بيعاً ويحتمل أن يقال مثل هذا في مال القراض.

فرع آخر

لو دفع رجل إلى رجل ألف درهم قراضاً فاشترى العامل به عبداً فتلف الألف قبل أن تدفع إلى البائع قال في «البويطي»: كان المبيع للعامل والثمن عليه ولا شيء على رب المال، وظاهر هذا أن القراض زال بهلاك المال قبل تسليمه [١٣٢/ب] إلى البائع، واختلف أصحابنا في تأويلها على طريقين فمنهم من قال: إذا تلف الألف لا يخلو من أحد أمرين إما أن يتلف قبل الشراء، أو بعد الشراء فإن تلف قبل الشراء مثل أن اشترى عبداً بألفٍ ثم بان له أن الألف قد هلك قبل الشراء فقد زال الشرط وبطل وانقطع تصرف العامل في القراض، فإن ابتاع بعد هذا شيئاً كان له دون رب المال ولا شيء على رب المال وهذه مسألة «البويطي»، وإن كان التلف بعد حصول الشراء كان المبيع لرب المال قراضاً وعليه تسليم ألفٍ آخر في ثمنه لأن المبيع له لا للعامل، ثم إذا دفع الألف في ثمنه فأي الألفين يكون قراضاً؟ اختلف أصحابنا فيه على هذه الطريقة على وجهين:

أحدهما: التالف من رأس المال والقراض الألف الآخر وهذا ليس بشيء والمذهب الألفين معاً قراض وأن التالف من الربح لا من رأس المال، فإن ربح العامل شيئاً كان من التالف حتى يرد الألفين معاً وما ربح بعدهما فله قسطه منه وبه قال أبو حنيفة ومحمد، وحكي عن مالك أن رب المال بالخيار بين أن يدفع ألفاً آخر تكون هي رأس المال دون الأول وبين أن لا يدفع ويكون الشراء للعامل، وقال ابن سريج: المبيع للعامل والثمن عليه ولا شيء على رب المال على ظاهر ما قاله في «البويطي» لأنه إن كان التلف قبل الشراء فلا إشكال فيه، وإن كان بعده تحول الملك إلى العامل لأنه قد تعذر عليه وزن الثمن من مال

رب المال فتحول المبيع إليه قال: ولو كان مثل هذا في الوكيل فيه وجهان **أحدهما**: ينقلب إلى الوكيل والثمن عليه، ولا شيء على الموكل في القراض.

والثاني: يكون للموكل وعليه أن يدفع ألفاً آخر ولم يذكر القاضي الطبري غيره، وقال بعض أصحابنا بخراسان: في مسألة القراض قولان، وقال في «الحاوي»: لهذه المسألة مقدمة وهي أنه لو دفع إليه ألفين فتلف **أحدهما**: بعد أن اشترى به [١٣٣/أ] عرضاً وتلف العرض قبل بيعه فيه وجهان **أحدهما**: أنه قراض لتلفه بعد التصرف فيه في الابتياع فيكون رأس المال ألفي درهم وعلى العامل أن يجبر بالربح الألف التالف، **والثاني**: الألف التالف لا يكون قراضاً لتلفه قبل كمال التصرف فيه ببيع ما اشترى به فعلى هذا يكون رأس المال ألف درهم ولا يلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالف لأنه لم يصر قراضاً، فإذا تقرر هذا ففي مسألتنا وجهان **أحدهما**: الشراء للعامل وهذا على الوجه الذي نقول ما تلف بعد الشراء وقبل البيع خارج من القراض، **والثاني**: الشراء في القراض وهذا على الوجه الذي نقول: ما تلف بعد الشراء قبل البيع داخل في القراض فعلى هذا يلزم رب المال أن يدفع ألفاً ثانياً ويصير رأس المال ألفي درهم وعلى العامل جبره بالربح.

فرع آخر

لو أعطاه ألفي درهم قراضاً فتلف ألف قبل أن يتجر كان تلفه من رأس المال وينفسخ القراض فيه لأن رأس المال بعينه قد تلف هكذا قال عامة أصحابنا، وحكي عن أبي حامد أنه قال: هكذا قال أصحابنا ولكنه خلاف النص لأنه نصَّ في «الجامع الكبير» للمزني: أنه يكون التالف من الربح لا من رأس المال، وإن كان قبل أن يتجر وهكذا حكاه القاضي أبو علي الزجاجي ووجهه أن المال يصير قراضاً في يد العامل بالقبض فلا فرق بين أن يتلف قبل التصرف أو بعده، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان **أحدهما**: أن رأس ماله ألفا درهم لأنه وإن لم يضمن التالف من جهة أنه يغرم يضمنه من جهة أنه يجبر ذلك بالربح، **والثاني**: ما ذكرنا.

فرع آخر

لو اشترى بكلا الألفين وباع ونضَّ الثمن فالتالف من الربح بلا خلافٍ، ولو اشترى بالألفين عبدين ثم تلف أحد العبدين فيه وجهان **أحدهما**: يكون التالف من الربح [١٣٣/ب] وهو الصحيح لأن المال قد دار في القراض فما يتلف يكون من الربح، **والثاني**: يتلف من رأس المال ويكون حكمهما حكم ثمنيهما لأنهما بدلان عن الأصل وهذا ليس بشيء.

فرع آخر

لو دفع ألفاً قراضاً فعمل العامل به وخسر مائة وأخذ منه رب المال مائة ثم عمل العامل بالباقي فصار ألفاً وخمسمائة وأرادا أن يعلما قدر رأس المال ليقتسما الربح فوجه العمل فيه أن يقال: لما خسر في الألف مائة لزم تقسيطها على التسعمائة فيكون قسط كل مائة درهم أحد عشر درهماً وتسعاً، فلما استرجع رب المال مائة تبعها قسطها من الخسران وهو أحد عشر درهماً وتسع وهو القدر المسترجع من الألف ويبقى رأس المال ثماني مائة وثمانية وثمانون درهماً وثمانية أتساع درهم، فلو كان قد خسر العامل مائتي درهم واسترجع رب المال مائة صار رأس المال ثماني مائة وخمسة وسبعين درهماً لأن القسط كل مائة من الخسران خمسة وعشرون درهماً ثم على هذا القياس.

فرع آخر

لو أذن للعامل بالبيع نسيئة أو بالشراء سلماً ففعل ثم جحد المعامل معه ضمن العامل لأنه فرط بترك الإشهاد، ولو أذن بالبيع معجلاً وأذن له في تسليم المبيع أولاً ففعل ثم حلف المشتري على الثمن وجحد فلا ضمان على العامل لأن العادة لم تجر بالإشهاد في البيع الحال فلم يفرط في ترك الإشهاد.

فرع آخر

لو قارضه على مالين بعقدين فخلط العامل أحد المالين بالآخر ضمن خلافاً لأبي حنيفة.

فرع آخر

لو أخذ من رجل مائة درهم قراضاً فاشترى بها جارية للقراض، وأخذ من آخر مائة درهم قراضاً فاشترى بها جارية أخرى للقراض واختلطا ولم يعلم الأولى من الثانية قال في أمالي حرملة: فيه قولان **أحدهما**: هما لربي المال تباعان معاً، فإن لم يكن في المال فضل أخذ كل واحد منهما مائة ولو كان فيه فضل فالفضل على ما شرطا، وإن كان خسران كان على العامل لأنه [١٣٤/أ] حصل بنسيانه وتفريطه قال أصحابنا: وفي هذا نظر لأن المتعدي لا يضمن نقصان السعر كالغاصب ولعله أراد الخسران بنقصان العين، **والثاني**: ينقلب ملكهما إلى العامل لأنه فرط في الاختلاط وعليه قيمتهما كما لو أتلفهما يلزمه قيمتهما.

فرع آخر

لو أخذ مالاً قراضاً لا يمكنه القيام به والتصرف فيه فتلف بعضه ضمنه لأنه فرط بأخذه حين لا يمكنه القيام به.

فرع آخر

لو اشترى العامل ما يعلم أنه لا فضل فيه لا في الحال ولا في ثاني الحال لم يجز.

فرع آخر

لو كان مال القراض عبداً فقتله عبد لأجنبي وجب القصاص على قاتله، فإن لم يكن في المال فضل فلرب المال القصاص والعفو، فإن اقتص فلا كلام وزال القراض، وكذلك إن عفا على غير مال، وإن عفا على مال نظر، فإن عفا على قدر القيمة ولم يكن حال العفو في المال فضل فالكل لرب المال والقراض بحاله لأن بدل مال القراض على من أتلفه يقوم مقامه، وإن كان في حال العفو فضل كان الفضل بينهما على الشرط، وإن قتل وفي المال فضل حين القتل ليس للعامل أن يقتص وحده ولا لرب المال وحده أن يقتص، فإن اتفقا نظر، فإن عفوا على غير مال زال القراض، وإن عفوا على مال كان المال قراضاً والقضاء بينهما على الشرط، وإن عفا **أحدهما**: سقط القصاص كالوليين إذا عفا أحدهما، ومن أصحابنا من قال: هل يسقط بعفو العامل؟ وجهان بناءً على أنه شريك أو وكيل، ولو قتل خطأً أخذت القيمة وكانت في مال القراض بلا إشكالٍ.

فرع آخر

لو سرق المال من يد العامل هل يكون العامل خصماً في المطالبة به من غير توكيل من مالكه؟ وجهان **أحدهما**: قال ابن سريج: يكون خصماً فيه وكيلاً في المطالبة به لأن عقد القراض قد تضمنه، **والثاني**: وهو قول الأكثرين لا يكون خصماً فيه لأن عمله مقصور على البيع والشراء، وقال صاحب «الحاوي»: الأول أشبه بالصواب لأن عقد القراض موجبٌ [١٣٤/ب] على العامل استيفاء ماله وحفظ أصله، ألا ترى أنه لو استرجع من سارقه كان قراضاً بمتقدم عقده.

فرع آخر

لو قدم مائة دينار وألف درهم فقال: قارضتك على **أحدهما**: بالنصف لم يصح لأنه جهالة فتمنع صحته.

فرع آخر

لو دفع إلى رجل مائة دينار فخسر خمسين فقال لصديقٍ له: خسرت خمسين وأخشى إن علم صاحب المال أخذه مني فأقرضني خمسين حتى أضمها إلى ما عندي وأريه إياها ثم أردها ففعل وأراها صاحب المال فأخذ المال وفسخ القراض، ثم أقام المقرض البينة بما فعله قال الشافعي في أمالي حرملة: ليس له استرجاع الخمسين لأنه أقرضه إياها وملكها وزال ملكه عنها إلى غيره فصار كما لو تلفت في يده فلم يكن له الرجوع إلى العين بل كان حقه في ذمة المستقرض.

فرع آخر

لو اشترى بمال القراض جارية قد ذكرنا أنه لا يجوز لواحدٍ منهما وطئها، فلو أذن أحدهما: لصاحبه بالوطئ فإن أذن رب المال للعامل لم يجز لأن الوطئ لا يستباح بالإباحة، وإن أذن العامل لرب المال، فإن كان في المال ربح وقلنا يملكه العامل بالظهور لم يستبح وطئها، وإن لم يكن في المال ربح أو قلنا: لا يملك العامل الربح بالظهور جاز له وطئها كما لو أذن المرتهن بالوطئ يجوز.

فرع آخر

لو دفع إلى رجلٍ أرضاً على أن يغرسها العامل بغرسٍ من عنده على أن تكون الأرض بينهما والغراس بينهما فالمعاملة فاسدة قال ابن سريج: هذه ليست بشركة ولا قراض فتكون الأرض لرب الأرض والغراس للعامل ولرب الأرض على العامل أجرة مثل أرضه، فإن طالبه رب الأرض بالقلع، فإن كان لا ينقص قيمته بالقلع فعليه القلع ولا شيء له على رب الأرض، وإن كان ينقص كان لرب المال مطالبته به وعليه ما نقص، وإن اتفقا على ترك الغراس بالأجرة فلا كلام، وإن اختلفا فقال رب الأرض: اقلع غرسك وعليّ ما نقص [١٣٥/أ] وقال رب الغراس: بل أنا أقره في أرضك بالأجرة قدمنا قول رب الأرض، ولو قال رب الغراس: أقلع وعليك ما نقص، وقال رب الأرض: بل تقره وعليك الأجرة قدمنا قول صاحب الغراس، ويقال لرب الأرض: إن اخترت أن تقره في أرضك بغير أجرة وإلا فاقلع وعليك ما نقص، ولو قال رب الأرض: أعطيك قيمة الغراس فتكون الغراس مع الأرض لي، وقال الغارس: اقلع وعليك ما نقص قدمنا قول العامل، ولو كان بالضد فقال العامل: أعطني قيمة غرسي ليكون لك مع الأرض، وقال رب الأرض: بل اقلع وعليّ ما نقص قدمنا قول رب الأرض، وإن اختلفا في القيمة والأجرة فقال رب الأرض: خذ القيمة ليكون الكل لي، وقال العامل: بل أقره ولك الأجرة أو قال رب الأرض: أعطني الأجرة

وأقره في أرضي وقال: بل أعطني القيمة ليكون الكل لك لم يجبر واحدٌ منهما على ما يطلبه الآخر، ولو كان مكان الغراس زرع لم يملك رب الأرض مطالبته بقلعه لأن له غاية ينتهي إليها ومتى قلع هلك ولم يحصل الزارع على شيء ولكن يلزمه أجر المثل إلى الحصاد.

فرع آخر

يجوز أن يضارب مع رجلٍ بماله ثم يضارب مع آخر، وقال أحمد: لا يجوز إذا كان فيه ضرر على الأول فإن ضارب ثانياً وكان في المال ربح رده على شريكه الأول وهذا غلط لأنه عقد جائز فلا يمنع العقد مع غير المعقود معه كالوكالة. وبالله التوفيق والعصمة.

كتاب المساقاة

مسألة[(١)]: قال الشافعي ساقى رسول الله ﷺ أهل خيبر الخبر الفصل. وهذا كما قال: المساقاة عقد صحيح وهو أن يكون للرجل نخيل فيدفعها إلى رجل على أن يسقيها ويلحقها ويصرف جريدها مدةً معلومةً ويكون ما يخرج من الثمرة بينهما على ما يتشارطان والمساقاة مشتقة من السقي فكأن العقد لما كان واقعاً على السقي سمي [١٣٥/ب] باسمه، فإن قيل: لم خصَّ باسم السقي وهو يقع على غير السقي من التلقيح وغيره قلنا: لأن هذه العبارة أخف من أن يقال: ملاقحة أو مساعفة أو مجاردة ونحو ذلك ولأن المقصود ليبقى والباقي تابع له خاصةً في الحجاز لأن سقيهم من الآبار وقيل: سميت مساقاة لأنها معاملة على ما يشرب بساقٍ وقيل: لأن موضع النخل والشجر يسمى سقياً والأصل في جوازها ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ لما افتتح خيبر وأجلى أهلها أتوه وقالوا: نحن أعلم بأمر النخيل منكم فأعطونا نكفيكم فساقاهم على ذلك وقال: «أقركم ما أقركم الله على التمر بيننا نصفين»[(٢)] وإنما قال هذا لأنهم لا يرون الفسخ فخاف أن يظنوا أنه أمر لازم لا يجوز رده فشرط ذلك عليهم ولا يجوز لأحدنا هذا الشرط لأنا لا ندري كم يقرهم الله تعالى وجاز ذلك لرسول الله ﷺ إذ كان يوحى إليه بأمر الله تعالى فيهم، ثم بعث عبد الله بن رواحة ليخرص عليهم فاستقبلوه بحليّ نسائهم رشوةً له ليخفف لهم في الخرص فقال: هذا سحت في ديني فأرادوا أن يستدرجوه بالكلام فقالوا: أنت أحب من تقدم علينا من هذه الجهة أنت ابن أختنا وكانت أمه خيبرية فقال عبد الله: أما أنا فقد قدمت من عند رجل هو أحب إلي من نفسي التي بين جنبيّ، وقدمت على قوم أبغض إلي من القردة والخنازير، فقالوا: إذاً لا يمكنك أن تعدل بيننا فقال: حبي إياه لا يحملني على الميل إليه، وبغضي إياكم لا يحملني على الحيف بكم ثم خرص عليهم مائة ألف وسقٍ فقالوا: أجحفت بنا فقال: إن شئتم فلكم، وإن شئتم فلي يعني إن شئت خليت بينكم وبينها وتردون عليّ النصف بهذا الخرص، وإن شئتم خليتم بيني

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٥٧).

(٢) أخرجه الشافعي في «مسنده» (١/ ٩٤).

وبينها وأرد عليكم النصف فقالوا: هذا هو العدل وبه قامت السموات والأرض فأخذوا ذلك وضمنوا له التمر بخرصه[١] فروي أنه لم ينقص عما قال بعشرة أوسقٍ، وروى جابرٌ: «خرصها أربعين ألف وسقٍ»[٢]، وروى ابن عمر رضي الله [١٣٦/أ] عنهما أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمرٍ وزرعٍ[٣].

واعلم أنه لا بد فيها من شرطين **أحدهما**: أن تكون مدتها معلومة، **والثاني**: أن يكون نصيب العامل معلوماً بجزءٍ مثل النصف أو الثلث ونحو ذلك وهو لنا قال جماعة الفقهاء مالك والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو يوسف ومحمد، وروي ذلك عن أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب وسعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله بن عمر رضي الله عنهم، وقال أبو حنيفة وحده: المساقاة باطلة ووافقه زفر.

وحكي عن النخعي أنها مكروهة واحتجوا بالقياس على المزارعة وهذا غلط للخبر الذي ذكرنا. فإن قيل: هذا الخبر صار منسوخاً بما روي عن النبي ﷺ «أنه نهى عن المخابرة»[٤] وهي معاملة أهل خيبر قلنا: المخابرة هي المزارعة واشتقاقها من الخبّار وهو الأرض اللينة، والخبِّير الأكار وقال: قال الشافعي في «المختصر»: المخابرة باطلة لما روى رافع بن خديج أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة ولم تردّ إحدى سنَّتيه بالأخرى وقصد به الرد على أهل العراق فإن منهم من قال: تجوز المخابرة قياساً على المساقاة وبه قال محمد، ومنهم من أبطل المساقاة قياساً على المخابرة وبه قال أبو حنيفة ونحن لا نرد سنَّة بسنَّةٍ لأن النبي ﷺ أجاز المساقاة فأجزناها وأبطل المخابرة فأبطلناها. واعلم أن المزارعة والمخابرة باطلتان وصورة المزارعة أن يقول صاحب الأرض لرجل: ازرع هذه الأرض ببذري وآلتي والزرع بيننا. والمخابرة أن يقول: ازرع ببذرٍ وآلةٍ من عندك.

وتمام خبر رافع بن خديج ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال: كنا نخابر

---

(١) لم أجده.

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الخرص (٣٤١٤) وأحمد في «مسنده» (١٣٧٤٧).

(٣) أخرجه البخاري في المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه (٢٣٢٨) ومسلم في المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر (١٥٥١) والترمذي في الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما ذكر في المزارعة (١٣٨٣).

(٤) أخرجه البخاري في المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل (٢٣٨١) ومسلم في البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة (١٥٣٦) وأبو داود في البيوع، باب في المخابرة (٣٤٠٧).

أربعين سنةً ولا نرى بذلك بأساً حتى أخبرنا رافع بن خديج أن النبي ﷺ نهى عنها فتركناها لقول رافع[(١)] وهذا دليل على أن العمل بالمنسوخ [١٣٦/ب] جائز ما لم يبلغ النسخ المأمور واعلم أن الخبر الذي ذكرنا يدل على أن المساقاة إذا صحت بينهما يجوز الخرص فيها.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان **أحدهما**: هذا، **والثاني**: لا يجوز لأن تلك كانت معاملة بين الكفار والمسلمين فاحتمل نوعاً من الغرر بخلاف ما إذا كان بين المسلمين وفيه دليل على أن الثمرة إذا خرصت جاز تسليمها إلى العامل بعد أن يضمن لمالك النخيل حصته من الثمن وكما ضمنت اليهود حصة المسلمين ويجوز تسليمها إلى المالك أيضاً إذا ضمن حصة العامل وفيه دليل على أنها إذا سلمت إلى العامل بعد الضمان يتبسط العامل في جميعها بيعاً وأكلاً وانتفاعاً وأن الخرص تضمين وهو أحد القولين، ثم اعلم أن المساقاة جائزة في الكرم أيضاً كما تجوز في النخل.

واختلف أصحابنا في الكرم هل قال به الشافعي نصاً أو قياساً؟ فمنهم من قال: قاله نصاً وهو ما روى ابن عمر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من النخل والكرم»[(٢)]، وروي أنه ساقى في النخل والكرم ومنهم من قال وهو الأشبه: أنه قال به قياساً على النخل لاشتراكهما في وجوب الزكاة فيهما وبدون ثمرتهما وإمكان خرصهما، وقال داود: لا يجوز الخرص في الكرم اعتباراً بالنص وهذا غلط لما ذكرنا ولأنه لو كان الاعتبار بعين النص لما جازت المساقاة بالثلث والربع لأن النص ورد في المساقاة بالنصف فدل أن الاعتبار بالمعنى وهو ما قلنا، وقال الليث بن سعد: تجوز المساقاة فيهما إذا لم يكن بعلاً ولا يجوز فيما كان بعلاً، وأما ما عدا النخل والكرم على ضربين ضرب لا أصل له ثابت مثل القصب والموز والباذنجان والبطيخ فلا تجوز المساقاة عليها قولاً واحداً، وحكي عن مالك أنه قال: تجوز في المقاتي والمطابخ والباذنجان وفي كل ما لم يبدُ صلاحه لحدوث ثمرها مرةً بعد مرةً وهذا خطأ لأن ما لم يكن [١٣٧/أ] شجراً يابساً فهو بالزرع أشبه والمخابرة على الزرع باطلة بالاتفاق، **والثاني**: ما له أصل ثابت كالزيتون والتفاح والتين والسفرجل ونحو ذلك ففيه قولان قال في القديم: يجوز، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد لما روى الدارقطني بإسناده «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بالشطر مما يخرج من النخل والشجر»[(٣)] ولأنها تثمر في كل حولٍ فهي كالنخل والكرم، وحكي عن مالك أنه قال:

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب المزارعة بالثلث والربع (٢٤٥٠) وأحمد في «مسنده» (٤٥٧٢).

(٢) سيأتي ذكره.

(٣) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٣٧).

لو كان له زرع فاشتد جاز أن يدفعه إلى من يقوم بعمله من السقي وغيره ويكون بينهما، وقال في الجديد: لا يجوز وهذا ظاهر المذهب لأن ما لا تجب الزكاة في نمائه لا تجوز المساقاة عليه كالتوت ونحوه، وأما النخل والكرم ينميان بالعمل فالنخل يفتقر إلى اللقاح والكرم إلى الكساح ولا يحصل نماؤهما إلا بالعمل بخلاف سائر الأشجار لأنه يثمر من غير عمل عليه فافترقا، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذان القولان مبنيان على أن الخرص هل يدخل فيما عدا النخل والكرم؟ وفيه قولان والأصح أنه يجوز فيها.

فرع

المساقاة عقد لازم لأنه يفتقر إلى مدةٍ معلومةٍ كالإجارة ولا يلزم على هذا الكتابة لأنها تفتقر إلى مدتين، والفرق بينها وبين القراض أن المقارض يتصرف في رقبة المال بإذن صاحبه كالوكيل والمساقي لا يتصرف في رقبة المال بل يعمل بعوضٍ يحصل له فهو كالأجير والإجارة من العقود اللازمة.

فرع آخر

هل يدخل العرجون في المساقاة؟ وجهان: **أحدهما**: يدخل لأنه يصرم مع الرطب، **والثاني**: لا يدخل لأنه لا يدّخر عليه وينتفع به دونه فإن الأغداق يقطف عنها الرطب ويرمى بها فلم يدخل فيها.

فرع آخر

سواقط النخل من السعف والليف لرب النخل، فلو شرطا أن يكون بينهما فيه وجهان **أحدهما**: يجوز لأنها نماء كالثمرة، **والثاني**: لا يجوز لأنها ليست من معهود النماء ولا [١٣٧/ب] مقصوده.

فرع آخر

لا يجوز فيما لا ثمرة له بلا خلافٍ كالخلاّف والتوت الذكر والقص الفارسي ونحو ذلك.

فرع آخر

هل يجوز على نخلٍ غائبٍ بشرط خيار الرؤية؟ قد قيل: فيه قولان والأصح أنها لا تجوز قولاً واحداً، والفرق أن البيع تعدى على الغرر، فإذا دخل عليه غرر العين الغائبة بخيار الرؤية قوي على احتماله وعقد المساقاة غرر فيضعف عن احتمال غررٍ آخر.

فرع آخر

يلزم أن يعقداه بلفظ المساقاة فإن عقداه بلفظ الإجارة فقال: استأجرتك للعمل فيها كان باطلاً لأن الإجارة فيها لا تصح، فإذا عقد بلفظ الإجارة الصرف إليها فبطل.

فرع آخر

لو قال: عاملتك عليها بالعمل فيها على الشطر من ثمرها فيها وجهان **أحدهما**: يجوز لأن عقد المساقاة هكذا، **والثاني**: لا يجوز لأن هذا من أحكام العقد فلم يعقد به العقد وهذا كاختلاف أصحابنا في البيع بلفظ التمليك هل يجوز أم لا؟

فرع آخر

لو أراد العامل أن يساقي غيره عليها مدة مساقاته جاز بمثل نصيبه فما دونه كالإجارة ولا يجوز بأكثر من نصيبه لأنه لا يملك الزيادة ويخالف العامل لا يقارض لأنه يتصرف في حق رب المال لأنه لا يلزم، وهذا تصرف في حق نفسه للزوم العقد فملك الاستنابة في تصرفه.

مسألة: قال: وتجوزُ المساقاةُ سنينَ[1].

وهذا كما قال: المدة في المساقاة كالإجارة تجوز سنةً وفي الزيادة قولان **أحدهما**: لا تجوز الزيادة، **والثاني**: وهو الصحيح المنصوص ها هنا أنه تجوز الزيادة عليها فإذا قلنا: تجوز نص الشافعي في الإجارة أنها تجوز ثلاثين سنة والمساقاة في حكمها، واختلف أصحابنا في هذا فمنهم من قال: ذكره تحديداً فلا تجوز الزيادة، وقال بعضهم: تجوز الزيادة وإنما ذكره على سبيل التكثير دون التحديد فتجوز الإجارة إلى الوقت الذي يبقى ذلك الشيء إليه غالباً والمساقاة مثلها، وقال بعض أصحاب الحديث [١٣٨/أ] تجوز المساقاة من غير تقدير بمدة لأن النبي ﷺ «ما قدر لأهل خيبر مدةً»[2]، وقال أبو ثور: إن قدرت بمدةٍ لزمت إلى انقضائها وإن لن تقدر بمدة صحت وكانت على سنة واحدة وهذا غلط قياساً على عقد الإجارة. وأما ما ذكره لا يصح لأنه يحتمل أن رسول الله ﷺ ذكر المدة ولم ينقل.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٦٤).

(٢) ذكره ابن قدامة في «**المغني**» (٥/ ٢٣٤).

فرع

إذا جوزناها سنين هل يلزم ذكر نصيب كل سنة؟ ففي الإجارة قولان وفي المساقاة طريقان **أحدهما**: فيه قولان، **والثاني**: قاله أبو إسحاق يلزم قولاً واحداً لأن ثمار النخل تختلف باختلاف السنين ومنافع الإجارة لا تختلف.

فرع آخر

لو ساقاه ثلاث سنين على أن الثمر في السنة الأولى بينهما نصفين، وفي السنة الثانية أثلاثاً وفي السنة الثالثة أرباعاً جاز، ذكره أكثر أصحابنا كما في الإجارة، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز حتى يتساوى نصيبه في جميع السنين لأنها عقود مختلفة في عقدٍ كما لو أسلم في قفيز حنطة وقفيز شعير في عقد واحد لا يجوز وهو ضعيف.

فرع آخر

يلزم أن تقدر بالشهور التي قد أجرى الله تعالى العادة بأن الثمار تطلع فيها اطلاعاً متناهياً فإن تأخر اطلاع الثمرة فيها بحادثٍ ثم اطلعت بعد تقضيها فالصحيح من المذهب أن العامل شريك فتكون الثمرة بينهما، وإن انقضت مدة المساقاة قبل اطلاعها لأن ثمرة هذا العام حادثة على ملكها ولا يلزمه العمل بعد انقضاء المدة، وإن استحق الثمرة إلا فيما يختص بالثمرة من التأبير والتلقيح، ومن أصحابنا من قال: العامل أجير فعلى هذا لا حق له في الثمرة الحادثة بعد انقضاء المدة ولا يستهلك عمله غير بدلٍ فيحكم له حينئذ بأجرة المثل.

فرع آخر

لو ساقاه عشر سنين على أن له نصف الثمرة في سنةٍ منها فإن لم يعينها لا يجوز، وإن عينها فإن كانت غير السنة الأخيرة لا يجوز لأنه شرط عليه بعد حقه من الثمرة عملاً لا يستحق عليه [١٣٨/ب] عوضاً، وإن كانت السنة الأخيرة فيها وجهان **أحدهما**: يجوز كما يجوز أن يعمل في جميع السنة، وإن كانت الثمرة في بعضها، **والثاني**: لا يجوز لأنه يعمل مدةً يثمر فيها ولا يستحق شيئاً من ثمرها وبهذا خالف السنة الواحدة.

فرع آخر

لو ساقاه عشر سنين فاطلعت ثمرة السنة العاشرة بعد تقضيها لم يكن للعامل فيها نصيب لتقضي مدته وزوال عقده، ولو اطلعت قبل تقضي تلك السنة ثم تقضت ولم يبد

صلاحها وهي طلع أو بلح بعد كان له حقه منها لحدوثها في المدة ثم إن قلنا: إنه أجير فعليه أن يأخذ حقه منها طلعاً أو بلحاً وليس له استبقاء حقه إلى بدء الصلاح، وإن قلنا: إنه شريك كان له استبقاؤها على النخل إلى بدء الصلاح وتناهي الثمرة.

فرع آخر

لو ساقاه على النخل فاطلعت بعد قبض العامل لها وقبل عمله فيها استحق نصيبه من تلك الثمرة لحدوثها في يده، ولو أطلعت قبل قبضه وتصرفه فيها فإن قلنا إنه أجير لم يكن له في تلك الثمرة نصيب لارتفاع يده، وإن قلنا: إنه شريك استحق نصيبه من تلك الثمرة لأنها بعد العقد حادثة عن ملكهما وعلى العامل أجرة مثل ما استحق عليه من العمل فيها.

فرع آخر

لو قال: ساقيتك على هذه النخيل سنةً ولم يذكر قدر نصيبه قال ابن سريج: يجوز وتكون الثمرة بينهما نصفين حملاً على عرف الناس في المساقاة، ولو قال: عاملتك على هذه النخيل سنة ولم يذكر قدر نصيبه لم يجز لأنه ليس للمعاملة عرفٌ، والمشهور عند أصحابنا أنه يجوز فيها لأن نصيب العامل مجهول.

مسألة: قال: وإذا ساقاهُ على نخلٍ وكانَ فيهِ بياضٌ لا يوصلُ إلى عملهِ إلا بالدخول إلى النخلِ[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان بين النخيل بياض لا يخلو إما أن يكون يسيراً أو كثيراً، فإن كان يسيراً يجوز أن يزارع فيه ولكن لا يدخل في عقد المساقاة إلا بالشرط [١٣٩/أ] وقال مالك: له أن يزرع البياض بغير إذن مالكه إذا كان أقل من الثلث وهذا غلط لأن العقد لا يصح إلا بالتسمية كسائر العقود، فإذا تقرر هذا فلو قال: ساقيتك على النخل على كذا أو زارعتك في الأرض على كذا يجوز قولاً واحداً وهذا روي أن النبي ﷺ لما دفع النخل إلى أهل خيبر دفع البياض إليهم على أن لهم نصف النخل والزرع ولرسول الله ﷺ النصف[2] وكان الزرع كما وصفنا بين ظهراني النخيل يسيراً، ولولا الخبر لما جوّزناه ولا فرق بين أن يسوي بينهما في الحصة أو يخالف بينهما فيقول: ساقيتك على النخل بالنصف وخابرتك

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٦٥).

(٢) تقدم ذكره.

على الأرض بالدفع.

وقال في «الحاوي»: إذا خالف فيه وجهان قال البغداديون: يجوز، وقال البصريون: لا يجوز لأنهما إذا تفاصلا تميزا ولم يكن **أحدهما**: تبعاً ولا متبوعاً، ولا فرق بين أن يأتي بلفظٍ هو الصريح في كل واحدٍ منهما نحو ما ذكرنا من لفظ المساقاة والمخابرة وبين أن يأتي بلفظٍ يجمع الأمرين معاً فيقول: عاملتك على الأرض والنخل معاً بالنصف مما يخرجه من ثمرٍ وزرعٍ، ولو قال: ساقيتك في النخل على أن أزارعك في البياض لم يجز لأنه جعل عقد المزارعة شرطاً في عقد المساقاة فلا يجوز كما لو قال: أساقيك على هذا البستان على أن أساقيك في بستانٍ آخر، ولو عقدا على النخل ولم يعقدا على البياض ثم عقدا على البياض عقداً مستأنفاً لا يخلو إما أن يكون مع العامل في النخل أو مع غيره، فإن كان مع غيره لا يجوز قولاً واحداً، وإن كان مع العامل هل يجوز؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز للضرورة فإنه لا يمكن تعهد النخل إلا بتعهده ويؤدي إلى اشتراك الأيدي فيه.

والثاني: لا يجوز وهو اختيار البصريين من أصحابنا لأنه جوّز ذلك تابعاً للمساقاة فلا يجوز إفراد التابع بالعقد وعلى هذين الوجهين اختلفوا فيمن اشترى نخلاً ذات ثمرةٍ لم يبد صلاحها، ثم اشترى الثمرة [١٣٩/ب] في عقدٍ آخر بغير شرط القطع فأحد الوجهين يجوز لأنه تبع لأصلٍ صار إلى مشترٍ واحد فصار كما لو جمعهما في عقدٍ واحد، **والثاني**: لا يجوز لتفرد كل عقد بحكمه وعلى هذا إذا بدا الصلاح في بعض ثمار النخيل فباع الكل مطلقاً يجوز ويكون ما لم يبد فيه الصلاح تابعاً لما بدا، فلو عقد على ما بدا فيه الصلاح مطلقاً ثم عقد معه على ما لم يبد فيه الصلاح مطلقاً هل يكون تابعاً للأول؟ وجهان فإن قال قائل: إذا جوزتم المخابرة على البياض تبعاً للمساقاة فهلا جوزتم إجارة النخل تبعاً لإجارة الأرض؟ قلنا: الفرق أن المساقاة والمخابرة تتجانسان لأن الثمار واجد يوجد من أصول باقية فجاز العقد عليهما تبعاً لتجانسهما، ومنافع الأرض في الإجارة آثار وفي النخل أعيان فلم يتجانسا ولم يجز العقد عليهما تبعاً لاختلافهما، ولو كان البياض كثيراً والنخيل قليله قال أبو إسحاق: لا تجوز المزارعة فيه لأنه لا يجوز أن يكون الكثير تابعاً للقليل، ومن أصحابنا من قال: يجوز لأن الضرورة في اليسير والكثير واحدة وهي أنه لا يمكن سقيها إلا بسقي النخيل فإذا قلنا: لا يجوز يؤاجر الأرض ويساقي على النخل.

فرع

لو كان البياض في ناحية متميزاً عن النخيل لا يجوز أن يزارعه فيه بحالٍ لا منفرداً ولا

مجموعاً لأنه لا ضرورة إلى تجويزها.

فرع آخر

إذا جوزنا وعقد عليهما عقداً واحداً هل يجب أن يكون البذر لرب المال أو للعامل؟ وجهان **أحدهما**: يجب أن يكون لرب المال لأنه أصل النماء كالنخيل، **والثاني**: يجب للعامل لأن الأصل هو الأرض والبذر يجري مجرى المؤن فيكون على العامل وقيل: البذر على من شرط منهما وكذلك البقر، ولو شرط البذر على العامل والبقر على رب المال وجهان لأن عمل البقر ينقطع قبل خروج الزرع وإدراكه.

فرع آخر

لو شرطا التبن لصاحب البذر والحب للثاني وجهان، ولو شرطا أن يكون التبن والحب لهما جاز.

فرع آخر

لو كان بين [١٤٠/أ] النخل المساقاة زرع لرب النخل كالموز والبطيخ وقصب السكر فساقاه على النخل والزرع معاً على أن يعمل فيها بالنصف منها فيه وجهان تجوز المساقاة في الزرع تبعاً للمساقاة في النخل كما تجوز المخابرة تبعاً للمساقاة، **والثاني**: لا تجوز، والفرق أن المساقاة على الزرع هي استحقاق بعض الأصل والمخابرة على الأرض لا يستحق فيها شيء من الأصل.

فرع آخر

لو كان في البياض بين النخيل زرع ثابت هل يجوز المزارعة عليه؟ وجهان مبنيان على القولين في الثمرة الخارجة هل تجوز المساقاة عليها أم لا.

فرع آخر

إذا زرع العامل البياض من غير إذن رب النخل قال الشافعي: هو كمن زرع أرض غيره لغير إذنه يعني أنه بمنزلة الغاصب، وقد ذكرنا، وقال أبو حنيفة: إذا زرع أرض غيره وقلعه مضر بالأرض أجبر الزارع على أخذ قيمته مقلوعاً إذا أراد صاحب الأرض، وعندنا لا يجبر عليه.

فرع آخر

لو قال: ساقيتك على النخل والأرض بالنصف لم يصح في الأرض لأن المساقاة لا يتناولها وصح في النخل ويجب أن يبنى هذا على تفريق الصفقة.

مسألة: قال: ولا تجوزُ المساقاةُ إلا على جزءٍ معلومٍ[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا ساقاه على جزء معلوم من الثمار يجوز كما قلنا في القراض، ولا فرق بين أن يشترط له الأقل ولرب المال الأكثر أو بالضد من هذا ولا يجوز حتى يكون السهم معلوماً من جميع ثمرة النخل، ولو ساقاه على أن لرب المال ثمرة نخلاتٍ بعينها وثمرة الباقي للعامل أو على أن للعامل ثمرة نخلاتٍ بعينها ولرب المال ما بقي أو على أن لرب المال صاعاً منها وما فضل للعامل أو على أن للعامل صاعاً منها ولرب المال ما بقي فالكل باطل لأنه يفضي إلى أن ينفرد **أحدهما**: بكل الثمار ولا شيء لصاحبه فيه، فإن عمل فله أجر مثله فيما عمل والثمرة كلها لرب النخل وهكذا الحكم في كل موضع حكمنا بفساد المساقاة.

مسألة: قال: ولو دخلَ في النخلِ على الإجارة [١٤٠/ب][٢].

الفصل

وهذا كما قال: هذه المسألة ليست من كتاب المساقاة وإنما هي من كتاب الإجارة، وإنما ذكرها الشافعي ها هنا ليبين الفرق بين المساقاة والإجارة فإن المساقاة جائزة على ثمرةٍ لم تخلق ولا تجوز الإجارة عليها إلا بعد وجودها، فإذا ثبت هذا نقول: إذا استأجر رجلاً ليعمل له عملاً بثمرة النخل لا تخلوا الثمرة من أن تكون معدومة أو موجودة، فإن كانت معدومة لا يجوز أن يستأجر على بعضها، وإن كانت موجودة لا يخلو إما أن يكون قد بدأ فيها الصلاح أو لم يبد، فإن كان قد بدأ فيها الصلاح فالإجارة جائزة من غير شرط القطع سواء جعل جميع الثمرة له أو جزءاً معلوماً منها أو ثمرة نخلاتٍ بعينها، وإن لم يبد فيها الصلاح لا يجوز العقد عليها إلا بشرط القطع كما قلنا في البيع وإذا شرط القطع، فإن شرط له جميع الثمرة جاز لأنه إذا جاز أن يكون مبيعاً جاز أن يكون أجرةً، وإن شرط له جزءاً

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٦٩).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٦٩).

معلوماً لا يجوز لأنه لا يقدر على قطعه إلا بقطع جميعه ولا سبيل له إلى قطع نصيب صاحبه بوجهٍ من الوجوه فلم يصح العقد عليه بهذا الشرط، وإن كان بلفظ المساقاة لا يخلو إما أن تكون الثمرة موجودة أو معدومة، فإن كانت معدومة جاز، وإن كانت موجودة قال في «الأم»: إذا ساق على ثمرةٍ حصلت جاز لأنه إذا جاز والثمرة معدومة كان جوازها والثمرة موجودة أولى لأن الغرر أقل وبه قال مالك.

وقال في «البويطي»: إذا ساق عليها وقد خلقت لم تجز فالمسألة على قولين ووجه ما قال في البويطي أن الثمرة إذا ظهرت دخلت في ملكه فلا يجوز أن يشترط سهماً من عين ملكه كما في القراض، ولأن علة جوازها أن يكون لعمله تأثير في حصول الثمرة كما يكون في القراض لعمل العامل تأثير في حصول الربح وهذا أصح وهذا إذا كان بقي من العمل عليها ما فيه مستزاد في الثمار مثل السقي وتصريف الجريد وقطع الحشيش المضر [١٤١/أ] بالنخل، فأما إذا لم يبق من العمل عليها ما فيه مستزاد في الثمرة مثل أن بلغت أوان الجداد لا يجوز قولاً واحداً، وقال أصحابنا: وكذلك إذا بدا الصلاح فيها لا يجوز قولاً واحداً.

وقال في «الحاوي»: روي عن الشافعي في «الإملاء» جوازه بلا تفصيل ولعل هذا على قوله في العامل أنه أجير، وقال بعض أصحابنا بخراسان: يجوز قبل بدو الصلاح قولاً واحداً وبعد بدو الصلاح وجهان، وقال المزني: إن كان قبل بدو الصلاح يجوز وبعده لا يجوز، وقال أبو ثور: إن احتاجت إلى القيام بها حتى تطيب جاز وإلا فلا يجوز، وقال أبو يوسف ومحمد: إن كانت تزيد جاز وإلا فلا يجوز.

مسألة: قال: وكلُّ ما كانَ فيه مستزاد في الثمرةِ من إصلاحِ الماءِ[١].

الفصل

وهذا كما قال: الأعمال التي تعمل في النخل على ثلاثة أضرب أحدها ما كان مستزاداً في الثمرة ولا يزاد لأجل النخل مثل التلقيح والسقي وتصريف الجريد وإصلاح الآبار والأجاجين وهي المواضع التي يجتمع الماء فيها تحت النخيل وقطع الحشيش المضر بالنخل وإدارة ثور الدولاب واللقاط عند اللقاط والصرام عند الصرام ونحو ذلك يستحق على العامل من غير شرط، فإن شرطها في عقد المساقاة على رب النخل لم يصح قال القفال: ومن جملة هذا تنقية البئر أو النهر من الحمأ الذي فيه لا من تراب آخر طرح فيه فطمت به.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٧٠).

وقال بعض أصحابنا: في اللقاط والجداد وجهان **أحدهما**: ما ذكرنا، **والثاني**: لا يلزم العامل إلا بشرط لتكامل الثمرة بغيره، وقال في «الحاوي»: السقي وقطع الحشيش المضر بالنخل مما يعود نفعهما إلى النخل والثمرة معاً، فإن كان مما لا يصلح الثمرة إلا به كالسقي فيما لا يشرب بعروقه من النخل فهو على العامل يستحق من غير شرط، وإن كان مما يشرب بعروقه كنخيل البصرة فهو وغيره من الشروط التي تكون من هذا الجنس على ثلاثة أوجه أحدها أنها على العامل والشرط فيه تأكيد لما فيه من صلاح النخل وزيادة الثمرة، [١٤١/ب] **والثاني**: أنها على رب النخل واشتراطها على العامل يبطل العقد لأنه بصلاح النخل أخص منه بصلاح الثمرة، **والثالث**: يجوز اشتراطها على العامل لما فيه من زيادة الثمرة، ويجوز اشتراطها على رب النخل لما فيه من صلاح النخل، وإن أغفل لم يلزم واحداً منهما، أما العامل فلأنه لا يلزمه إلا ما كان من موجبات العقد أو من شروطه، وأما رب النخل فلأنه لا يجبر على تثمير ماله.

وقال أبو إسحاق: إذا أهمل ذكر هذا العمل في العقد ولم يشترط على واحدٍ منهما لم يصح العقد لأنه ليس **أحدهما**: بالتزامه بأولى من الآخر حكاه القاضي الطبري. **والثاني**: ما يراد لأجل النخل وليس فيه مستزاد في الثمرة مثل سد الحظار وإصلاح الدولاب وحفر الأنهار لاستخراج الماء فهذا كله على رب المال، فإن شرط على العامل بطل عقد المساقاة.

وقال بعض أصحابنا: يبطل الشرط وتصح المساقاة بناءً على الشرط الزائد في الرهن يبطل ولا يبطل الرهن في أحد القولين، وقال مالك: يجوز أن يشترط على العامل كل ما يعود نفعه إلى رب النخل من عمارة الحائط ونحوها، **والثالث**: ما يراد للنخيل والثمرة كالثور الذي يدير الدولاب وكسح النهر لإجراء الماء فيه ونحو ذلك قال أكثر أصحابنا يجوز شرطها على العامل ويجوز شرطها على رب المال وإن أطلق بطل هكذا ذكره القاضي الطبري وقد ذكرنا فيه ثلاثة أوجه وقيل: ثور الدولاب كبناء الدولاب ولا يجوز شرطه على العامل قولاً واحداً وهذا أقيس عندي، وكذلك كسح الأنهار لإجراء الماء إلا على ما وصفنا، وقال بعض أصحابنا: كل ما قلنا أنه على العامل إذا شرطه على رب المال يبطل العقد إلا السقي فإنه قال في البويطي: إذا شرط سقي الماء على رب المال يجوز لأن الشافعي قال: لو ساقاه على بعلٍ جاز والبعل لا يشرب بعروقه من غير سقي وبالله التوفيق.

كتاب الشرط في الرقيق

مسألة[١]: [١٤٢/أ] قال: ولا بأسَ أنْ يشترطَ المساقي على رب النخل غلماناً يعملون معه.

الفصل

وهذا كما قال: إذا شرط العامل على رب المال غلماناً يعني عبيداً يعملون معه في المساقاة أطلق الشافعي أنه يجوز، واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: إنما يجوز أن يعملوا ما على السيد أن يعمله من سد الحظار وحفر الآبار، فإما أن يعملوا ما فيه مستزاد في الثمرة لا يجوز ذلك لأن عملهم كعمل رب المال ولا يجوز شرط ذلك، كذلك لا يجوز هذا وكما ذكرنا في القراض لا يجوز، ومن أصحابنا من تمسك بظاهر النص وقال: يجوز ذلك لأن ذلك مما يتوصل العامل به إلى تمام العمل ومقصود العقد، والفرق بينهم وبين ما لو شرط رب المال العمل معه لا يجوز أن الرقيق يجوز أن يكون في العمل والتدبير تابعاً للعامل، ولا يجوز أن يكون رب المال تابعاً وهذا اختيار عامة أصحابنا والمذهب الصحيح في القراض أنه لا يجوز ذلك، والفرق بينهما أن في المساقاة يجوز أن يشترط على رب النخل الثور وكسح النهر فجاز أن يشترط غلمانه أيضاً، وفي القراض لا يجوز أن يشترط غير الغلام فكذلك لا يجوز شرط الغلام، فإذا تقرر هذا إنما يجوز شرط الغلمان بشرطين **أحدهما**: أن يكون عددهم معلوماً وعملهم على طريق التبع للعامل ولا ينفردون بالتدبير، **والثاني**: أن العامل لا يستعملهم في غيره فإنه يكون قد انفرد بمنفعةٍ لم يشارك رب النخل فيها، واعلم أنه يقال للعامل المساقي ولرب المال أيضاً لأن لكل واحدٍ منهما ساقي لصاحبه والمساقى بفتح القاف أظهر لكن المساقي أصح في اللغة.

فرع

لو شرط غلماناً موصوفين غير معينين يصح، وقال مالك: لا يجوز حتى يعينوا اعتباراً بعرف أهل المدينة في تعيين العبيد في المساقاة وهذا غلط لأن الصفة تقوم مقام المشاهدة.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٧٢).

فرع آخر

لا فرق في هذا الشرط بين غلمان القراح وغيرهم، وقال مالك: [١٤٢/ب] لا يجوز أن يشترط عمل غير غلمان القراح وهذا غلط لما قال الجميع ملك السيد فلا فرق، وحكي عن مالك أنه قال: غلمان هذا الحائط الذين كانوا يعملون فيه دخلوا في المساقاة من غير شرطٍ وهذا غلط لأنه كان يستغني بهم عن العامل وإنما أدخل العامل في الوسط ليصرف غلمانه إلى شغلٍ آخر.

فرع آخر

يجوز لرب المال أن يشترط على العامل غلماناً يعملون معه نص عليه الشافعي لأن العمل أخص بالعامل من رب المال فلما جاز اشتراط ذلك على رب المال فعلى العامل أجوز.

فرع آخر

يجوز في حق العامل سواء عينوا أو وصفوا وأطلقوا بخلاف اشتراطهم على رب المال، والفرق أنهم في اشتراطهم على رب المال مستثنون من عملٍ وجب على العامل فوقعت الجهالة بإطلاقهم وهم في اشتراطهم على العامل داخلون في جملة المستحق عليه فلم تقع الجهالة بإطلاقهم.

مسألة: قال: ونفقةُ الرقيقِ على ما يتشارطانِ عليه[١].

وهذا كما قال: إذا شرطا نفقة الغلمان المشروطين على العامل صح، وتكون النفقة عليه بالمعروف غير مقدرةٍ ولا موصوفةٍ لأنها استعانة فقط فلم يفتقر إلى معرفة المقدار والجنس، وقال محمد: لا يجوز حتى يقدرها لأنها تكون مجهولة وهذا لا يصح، لأنه لو وجب تقديرها لوجب بيان صفاتها ولا يجب ذلك بالاتفاق، وإن شرطا على رب المال جاز أيضاً لأن بعمل الغلمان تحصل منفعة الأصل ومنفعة الثمار فجاز شرط نفقتهم على رب المال والعامل جميعاً، ويجوز أن يشترطا أن يكون النصف على هذا والنصف على الآخر.

وقال مالك: لا يجوز إلا أن تكون نفقتهم على العامل فإن شرط على المالك لم يجز وهذا غلط لأن الأصل أن نفقة المملوك على مالكه فجوزنا شرطها على العامل بالاتفاق فقول من يقول: لا يجوز شرطها على المالك محال [١٤٣/أ] واحتج الشافعي ها هنا عليه

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٧٣).

بأن قال: وليس نفقة الرقيق بأكثر من أجرتهم، فإذا جاز أن يعملوا للعامل من غير أجرةٍ عليه لهم مع كون منافعهم لسيدهم جاز أن يعملوا له من غير نفقةٍ عليه بل تكون نفقتهم على السيد، واحتج مالك بأنهم يعملون للعامل فإن العمل كله عليه فيجب أن تكون نفقتهم عليه قلنا: النفقة على المالك لا على المنتفع كمن آجر عبده أو أعار فالنفقة على المالك والمنفعة للغير.

ومن أصحابنا من قال: هذا الذي ذكرنا ظاهر كلام الشافعي والقياس يوجب أن لا تجب نفقة المملوك على غير المالك، ولا يجوز شرطها على العامل ويحتمل هذا الظاهر تأويل المقدار في النفقة المشروطة على السيد أي: إذا شرط العامل على السيد مقداراً معلوماً لنفقة العبيد تقوم به الأبدان وتقوي على العمل كان ذلك المقدار واجباً عليه على حسب ما يتشارطان إذ ربما تحوجهما الحالة إلى استيفاء النفقة جملةً، لأنها لو أخذت من السيد يوماً بيومٍ فربما ينقطع عمل العبيد لطلبها واستيفائها وهذا خلاف ظاهر اللفظ ذكره بعض أصحابنا بخراسان.

فرع

لو أطلقا العقد وأغفلا عن اشتراط النفقة فيه وجهان **أحدهما**: يصح العقد لأن النفقة تبع العقد وهذا اختيار أبي حامد وجماعة، **والثاني**: لا يصح العقد للجهل بمحل النفقة وهذا اختيار القاضي الطبري، فإذا قلنا بالوجه الأول قال أبو حامد: يلزم المالك بحق الملك لأنه لا يلزم العامل إلا بالشرط ولم يوجد ذلك فلا نلزم إلا المالك، وقال في «الحاوي»: فيه ثلاثة أوجه **أحدها**: على العامل لاستحقاق العمل عليه، **والثاني**: على رب النخل لاشتراط عملهم عليه وأنه لما سقطت أجرتهم عن العامل سقطت نفقتهم عنه، **والثالث**: أنها من وسط الثمرة لاختصاص عملهم بها [١٤٣/ب] فعلى هذا إن لم يأت الثمرة أخذ بها حتى يرجع بها في الثمرة إذا أتت.

فرع آخر

لو شرط أن تكون نفقاتهم من وسط الثمرة، فإن كان عملهم قبل حدوث الثمرة فهو باطل لعدم محلها، وإن ما لم يخلق لا يجوز أن يكون عوضاً على عمل، وإن كان عملهم بعد حدوث الثمرة، فإن كانت نفقاتهم من غير جنس الثمرة فتباع الثمرة ويصرف ثمنها في نفقاتهم لم يجز لأن الثمرة غير مستحقة والنفقة غير ثابتة في الذمة، وإن كانت نفقاتهم من نفس الثمرة يأكلونها قوتاً فيه وجهان **أحدهما**: يجوز لوجود محلها وأن الثمرة لما كانت لهما وجاز اشتراط النفقة على كل واحدٍ منهما جاز اشتراطهما في الثمرة التي هي لهما،

والثاني: لا يجوز لأنه غير متعلقٍ بذمة ولا معلوم يستحق من عين وهذا أصح.

باب مسائل المزني

قال المزني: هذه مسائل أجبت فيها على معنى قوله قال: فمن ذلك لو ساقاه على نخلٍ سنين معلومة على أن يعملا الفصل. وهذا كما قال: إذا شرطا في المساقاة أن يعملا جميعاً لم يجز لأن العامل يجب أن يأخذ حصته من الثمرة بعمله، فإذا شرط عمل رب المال أخذ الحصة بعمل رب المال مع عمله فلا يجوز لأنه لا يجوز أن يشترط العمل على رب المال، كما لا يجوز لرب المال أن يشترط العمل عليه شيئاً من النخيل وأيضاً ما قال المزني لأنه أعانه معونة مجهولة الغاية بأجرةٍ مجهولة، وقال أبو إسحاق: هذه العلة غير صحيحة لأنها لو صحت لبطل عقد المساقاة لأن العامل لا يعلم أبداً قدر عمله وبالإجماع يجوز ولوجب إذا جعل ذلك العمل معلوماً أن يجوز، ولوجب إذا أعاره الغلمان لا يجوز، وقال في «الحاوي»: العلة الصحيحة أن اشتراط عمل رب المال يقتضي لزوم ذلك ولا يلزم الإنسان العمل في ماله وعمل غلمانه حق تعلَّق بماله كما [١٤٤/أ] يتعلق به غير ذلك من الحقوق فجاز، وعلى هذا لو شرط العامل على رب المال عملاً معلوماً كالسقي والتلقيح لا يجوز على هذه العلة وعلى ما علل المزني يجوز لانتفاء الجهالة عنه.

مسألة: قال: ولو ساقاهُ على النصفِ على أنْ يساقيهِ في حائطٍ آخرَ على الثلث لم يجز[(١)].

وهذا كما قال: إنما لم يجز هذا لأنه عقد معه عقداً وشرط عقداً آخر فصار كبيعتين في بيعة، وهكذا لو قال: ساقيتك في هذا على النصف على أن تساقيني أنت في نخيلك على النصف لم يجز كما لو قال: بعتك عبدي بكذا على أن تبيعني دارك بكذا، ثم المساقاة الثانية جائزة لأنها خالية على الشرط إلا أن تجعل إيجاب أحد العقدين إيجاباً للآخر فلا يجوز، ولو قال: ساقيتك عليهما على أن لك النصف من هذا والثلث من هذا جاز لأنه يجوز أن تجمع صفقة واحدة شيئين مختلفين بعوضين مختلفين كما لو قال: بعتك هذا العبد وهذا العبد بثلاثة آلاف درهم هذا بألفٍ وهذا بألفين جاز.

فرع

إذا فسدت المساقاة للعامل أجر مثله ربح أو خسر وذكرنا عن مالك أنه إن خسر في

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٧٦).

القراض الفاسد لا يكون للعامل أجر المثل ومثله نقول في المساقاة.

فرع آخر

أجر المثل فيهما يختلف باختلاف المال ويعتبر بأجرة مثله في الإجارة، وحكي عن مالك أنه قال: إذا حصل الربح في القراض يعطى أجر المثل من الربح ومعناه أنه إن قارضه على النصف قراضاً فاسداً، وقال أهل العلم: بذلك التصرف إنما يعامل في مثل هذا العمل على الثلث فله ثلث الربح لا أجر مثل عمله ومثله نقول في المساقاة الفاسدة وهذا غلط لأنه أتلف منافع نفسه على شرط العوض فإذا لم يسلم له ذلك العوض فله أجر مثله كما في الإجارة.

مسألة: قال: فإن ساقاهُ أحدهمَا على نصفِ نصيبه، والآخرُ على ثلثِ نصيبهِ[1].

الفصل

وهذا [١٤٤/ب] كما قال: صورة المسألة إذا كان بستان بين رجلين فساقى **أحدهما**: في نصيبه على النصف والآخر في نصيبه على الثلث جاز، لأن العاقد إذا كان اثنين كان العقد عندنا بمنزلة عقدين، فإذا تقرر هذا لا يخلو البستان من أن يكون بينهما نصفين فيجوز سواء شرطا نصفين أو شرط أحدهما: أقل من الآخر، وإن كان نصيبهما مختلفاً نظر، فإن اشترطا له من نصيب كل واحدٍ منهما نصفه صح لأنه يعلم أنه يستحق على كل واحدٍ منهما نصف ثمرته، وإن اشترط أحدهما: أقل والآخر أكثر مثل أن يشترط أحدهما: نصف نصيبه والآخر ثلثه فإن علم صاحب الأقل من النخل وصاحب الأكثر جاز وإن لم يعلم صاحب الأقل من صاحب الأكثر لم يجز لأنه لا يدري أن من شرط له الثلث هو صاحب الأقل من النخل أو صاحب الأكثر، فإن كان صاحب الأقل كثر نصيب العامل لأنه يأخذ نصيب الأكثر، وإن كان صاحب الثلث صاحب الأكثر من النخل قل نصيب العامل فإذا كان كذلك لم يصح العقد حتى يعلم أن الذي شارطه على الثلث هو صاحب الأكثر من النخل أو صاحب الأقل، وإن كان البستان لواحدٍ فساقى عليه رجلين وشرط لأحدهما: الثلث وللآخر النصف جاز وكذلك إن شرط النصف لهما والنصف لنفسه.

مسألة: قال: ولو ساقاهُ على حائطٍ فيهِ أصنافُ ثمرٍ.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٧٦).

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان البستان يجمع أنواعاً من النخل فساقى رجلاً عليها لا يخلو من أحد أمرين إما أن يشترط النصف من جميع ما في البستان فهذا يجوز، وإن لم يعرف مقدار كل نوعٍ من النخل لأنه يسلم أنه يستحق نصف كل نوعٍ قل أو كثر، وإن خالف بين الأنصباء فقال: لك من الدقل النصف، ومن العجوة الثلث، ومن الصيحاني الربع لا يجوز حتى يعرف كل واحد من رب النخل والعامل قدر كل صنفٍ من النخل بالمشاهدة حتى يعلم مقدار ما يستحق عنه الأقل وما يستحق منه الأكثر وصار هذا كما لو ساقى [١٤٥/أ] على ثلاثة حوائط لا يجوز حتى يعرف كلها.

مسألة: قال: ولو ساقاهُ على نخلٍ على أن للعاملِ ثلث الثمرة ولمْ يقولا غيرَ ذلك كان جائزاً(١).

وهذا كما قال: إذا بين نصيب العامل ولم يبين الباقي يجوز وجهاً واحداً وما بعد نصيب العامل لرب النخل ولو بين رب النخل لنفسه نصيباً ولم يذكر الباقي لمن يكون ظاهر المذهب أنه لا يجوز، ومن أصحابنا من جوّز اعتماداً على المفهوم وكما أن أصحابنا اختلفوا في المفهوم اختلفوا في هذه المسألة ونظير هذا قد ذكرنا في القراض وحكمهما سواء.

مسألة: قال: ولو كانَ النخلُ بين رجلين فساقى أحدهمَا صاحبهُ(٢).

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان بستان بين رجلين فساقى أحدهما: شريكه على أن يعمل فيه فإن شرط له أكثر من نصيبه من الثمرة جاز، وتكون الزيادة في مقابلة عمله وإن شرط له مثل نصيبه من الثمرة بالملك أو أقل منه كان فاسداً فإن عمل فيه على ذلك كانت الثمرة بينهما نصفين قال المزني: ولا أجرة له لأنه عمل من غير بدلٍ قال أبو إسحاق: وهذا صحيح لأنه دخل فيه على أن يكون متبرعاً بعمله وإنما يكون له أجر مثله إذا شرط لعمله عوضاً وكان فاسداً وخرج ابن سريج فيه وجهاً آخر أن له أجر مثله فيما عمل في نصيب شريكه لأن عقد المساقاة يقتضي العوض، فإذا كان فاسداً رجع إلى أجر المثل وهو كقوله: زوجتك بلا مهرٍ وبعتك بلا ثمنٍ ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأنه يفارق النكاح لأن البضع لا يستباح بغير

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٣٧٨/٧).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٣٧٩/٧).

عوض، وإذا قال: بعتك بلا ثمنٍ يحتمل أن لا يسلم ومن سلم اعتذر بأنه لم يملك بذلك ولكنه يضمنه باليد وها هنا لم يحصل العمل في يده بل تلف في يد صاحبه فلا ضمان على واحدٍ ونظير هذه المسألة قد ذكرنا في القراض.

مسألة: قال: ولو ساقى أحدهمَا صاحبهُ نخلاً بينهما سنة معروفة على أن يعملا فيها جميعاً على أنّ لأحدهما: الثلث ولآخر الثلثين لم يكن لمساقاتهما معنى[1].

وهذا كما قال: إذا ساقى أحدهما: صاحبه على أن يعملا فيه [١٤٥/ب] لم تصح المساقاة لأنه يجب أن يكون العمل من أحدهما: فإذا شرط أن يكون من كليهما عمل لا يجوز فإن عملا على ذلك كانت الثمرة مقسومة نصفين على قدر المالين ثم ينظر في العملين، فإن كانا سواء لم يرجع أحدهما: على صاحبه بشيء، وإن كان عمل أحدهما: أكثر نظر، فإن كان صاحب الأكثر قد شرط لنفسه زيادة الثمرة على ما يستحقه بالملك كان له أجرة المثل في مقدار ماله من زيادة العمل، وإن لم يكن شرط لنفسه زيادة الثمرة فهو متبرع بالعمل فعلى قول المزني لا أجرة وعلى ما خرّجه ابن سريج له أجر المثل فيما له من زيادة العمل وهو ضعيف، وقال بعض أصحابنا: يستحب مع التساوي في العمل أن يستحل أحدهما: من الثاني مخافة أن يكون عمل أحدهما: فيما خفي عليهما أكثر من الثاني وكذلك جميع الأكرة والعاملين المجتمعين على الأعمال المشتركة.

مسألة: قال: ولو ساقى رجلاً على نخلٍ مساقاةً صحيحةً فأثمرت ثم هربَ العاملُ[2].

الفصل

وهذا كما قال: إذا ساقاه على نخلٍ فعمل بعض العمل ثم هرب لا تنفسخ المساقاة بهربه لأنها عقد لازم ثم إذا جاء رب النخل إلى الحاكم فاستعدى عليه لزمه أن يعدّيه فإن وجده أجبره على العمل لأنه لزمه فيجبره عليه عند الامتناع، وإن لم يجده نظر، فإن كان له مال حاضر اكترى منه من يعمل مكانه، وإن لم يجد له مالاً ووجد من يعمل ويأخذ أجرته من الثمرة، وإن لم يكن في بيت المال مال استقرض له من غيره واستأجر، وإن تعذر ذلك أمر رب النخل بأن يكتري من مال نفسه من يقوم مقام العامل حتى تكون الإجارة في ذمته ويقضيه حقه من ثمرته التي هي حصته، أو يأمره بأن يعمل بنفسه حتى تكون أجرة عمله على العامل ويقضي من نصيبه.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٨٠).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٨١).

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجه آخر أنه لا يؤتمن فيما يرجع به على الغير فيأمر واحداً حتى يأخذ [١٤٦/أ] منه ذلك وينفق وهذا ضعيف. وهل يجوز أن يساقي الحاكم على نصيب العامل الهارب؟ قال ابن أبي هريرة: يجوز وكذا قاله القاضي أبو حامد في «الجامع» وهذا قبل بدو الصلاح فيساقي الحاكم عليها لأجل ما بقي من العمل فيها رجلاً آخر بسهمٍ مشاعٍ في الثمرة ويدفعه إليه من حصة العامل عند حصول الثمرة وتناهيها ويعزل الباقي من حصته إن بقي محفوظاً له إن عاد ويأخذ رب المال حصته.

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز ذلك وهو الأصح لأنه يجب أن تكون المساقاة من جهة أحدهما: النخل ومن جهة الآخر العمل، فأما العامل الهارب ليس له إلا العمل فلا يجوز أن يساقى على عمله الذي استحقه في النخل، وإن لم يكن لرب النخل مال وليس هناك من يساقي في نصيبه لم تخل الثمرة من أحد أمرين إما أن تكون الثمرة ظهرت، أو لم تظهر فإن لم تظهر فهل لرب النخل الفسخ؟ المذهب أن له فسخ المساقاة لأنه تعذر العمل من جهة العامل، فإذا فسخ عادت الثمرة إليه ويكون للعامل الأجرة فيما عمل ولا نقول: لا يستحق شيئاً إلا بآخر العمل كالجعالة لأن هذا عقد لازم كالإجارة.

وقال في «الحاوي»: الأصح عندي هذا لأنه بالتعذر ظهر عيب يثبت به الخيار في المقام عليها أو الفسخ فإن أقام عليها صار متطوعاً بالباقي من العمل وللعامل حصته من الثمرة، وإن فسخ صار العقد منفسخاً في الباقي من العمل ثم الصحيح من مذهب الشافعي لزومه في الماضي من العمل وتكون حصة العامل من الثمرة مقسطة على العملين الماضي منه والباقي فيستحق العامل منها ما قابل الماضي من عمله ويستحق رب النخل ما قابل الباقي من عمله مضموماً إلى حصته وهذا حسن غريب، وإن كانت الثمرة ظاهرة قلنا لرب النخل: هذه ثمرة مشتركة بينكما فإن اخترت البيع بعنا فإذا اختار البيع نظر، فإن كان بعد بدو الصلاح بعنا الكل واكترى عن العامل من يعمل عنده بقية العمل، وإن لم يكن بدا صلاحها بيعت بشرط القطع وحفظ على العامل نصيبه [١٤٦/ب] منها فإنه لم يبق بعد قطعها عمل، وإن كان رب المال ممتنعاً من البيع واختار أن يشتري نظر، فإن كان بعد بدو الصلاح فاشتراها جاز، وإن كان قبل بدو الصلاح هل يصح الشراء مطلقاً؟ وجهان لأن المشتري مالك النخل فإن قلنا: يصح فلا كلام، وإن قلنا: لا يصح فلا يمكن البيع بشرط القطع لأنه لا يمكن قطع البعض إلا بقطع الكل فيضر ذلك بصاحب النخل، وإذا لم نجوّز البيع هكذا أو جوّزنا ولكنه امتنع من الشراء قال المزني في «جامعه الكبير»: يقال له: انصرف فما بقي لك عندي حكومة هذه الثمرة مشتركة بينكما وقد أبيتما إلا الخصومة فاذهبا حتى تصطلحا وهكذا ذكره أبو إسحاق وذكر في «الحاوي» الوجه الذي ذكرنا إذا لم يبد صلاحها هذا كله

إذا رفعه رب النخل إلى الحاكم فإن أنفق عليه من غير إذن الحاكم نظر، فإن كان في البلد حاكم لم يرجع بما أنفقه وكان متبرعاً، وإن لم يكن هناك حاكم فإن لم يشهد أو أشهد ولم يشرط الرجوع لم يرجع بشيء، وإن شرط الرجوع فهل يرجع بما أنفق؟ وجهان والأصح أنه يرجع لأنه مضطر إليه وقيل: فيه ثلاثة أوجه **أحدها**: يرجع، **والثاني**: لا يرجع، **والثالث**: إن أشهد يرجع وإن لم يشهد لا يرجع.

مسألة: قال: ولو علمَ منه سرقة النخلِ[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا ساقى رجلاً على نخلٍ فالعامل أمين في النخل فإذا ادعى عليه رب النخل أنه سرق أو خان وحصر الدعوى وبين مقدار ما سرق سمع دعواه وكان القول قول العامل مع يمينه فإن حلف برئ، وإن نكل عن اليمين رددنا اليمين على رب النخل، فإذا حلف وكانت له بينة فأقامها قضي عليه بما لزمه قال المزني ها هنا واكترى الحاكم عليه من يقوم مقامه في العمل في النخل، وقال في موضع آخر: يكتري عليه من يكون معه ليحفظه من الخيانة وليس هذا باختلاف القول ولكن أي الأمرين رآه الحاكم فعله فإن رأى إزالة يده عنها ومنعه منها وإقامة غيره مقامه فيها فعل وهذا بأن يكون الرجل قوياً لا يمكنه حفظه من الخيانة، وإن رأى أن يضم إليه من يحفظه [١٤٧/أ] فعل وتكون أجرته في مال العامل لأن العمل مستحق عليه، فإذا احتيج إلى عمل غيره بسبب كان منه وجب أن تكون الأجرة عليه وليس لرب النخل فسخه بظهور الخيانة كما لو ظهر من المرتهن خيانة في المرهون لا يفسخ الراهن الرهن، وقال أصحاب مالك: لا يقام غيره مقامه بل يحفظ من الخيانة.

فرع

لو كان مراد رب النخل رفع يد العامل بالخيانة عن الثمرة دون تغريم ما سرق هل تسمع الدعوى مجهولةً؟ فيه وجهان **أحدهما**: تسمع لاستواء الحكم في رفع يده بقليل السرقة وكثيرها، **والثاني**: لا تسمع إلا معلومةً لأن رفع يده بها فرع على استحقاق الغريم فيها فصار حكم الغرم أغلب فإن قلنا: تسمع يحلف العامل، فإن نكل يحلف المالك ثم يرفع الحاكم يده أو يضم إليه من مال غيره على ما ذكرنا.

مسألة: قال: وإن ماتَ قامَ وارثهُ مقامهُ.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٨٢).

وهذا كما قال: إذا مات أحد المتساقيين لم ينفسخ عقد المساقاة لأنه عقد لازم كالإجارة، فإن كان الميت رب المال فالعامل يعمل على ما تشارطا عليه فإذا صرمها قاسم ورثته على الشرط الذي كان بينه وبين الميت، وإن كان الميت هو العامل قال المزني في «الجامع الكبير»: إن عمل الوارث فيها كان له فإن أبى الوارث لا يلزمه أن يعمل لأن العمل استحق على العامل دون الوارث، ثم قال أصحابنا: إن كان له تركة أنفق منها على أيام العمل، وإن لم يكن تركة لم يستقرض عليه لأنه لازمة له وقيل: لا يستأجر من ينوب عنه بأجرة مؤجلة فإن تطوع رب النخل بالإنفاق أو بالقرض فعل، وإن امتنع نظر، فإن لم تكن الثمرة ظاهرة حرفاً بحرفٍ وقد شرحنا ذلك، وهكذا لو كان حياً فضعف عن العمل.

وقال أبو حامد في «الجامع»: من أصحابنا من قال: يلزم الورثة أن يعملوا كما يلزم مورثهم لو كان حياً وما ذكر المزني أراد إذا ضعف عن العمل فإنه إذا مرض اكترى عليه الحاكم من يقوم بذلك، فإن لم يجد له مالاً ساقى [١٤٧/ب] السلطان عنه في نصيبه فيكون ما يأخذه العامل الثاني من نصيب العامل العاجز، فإن لم يجد من يساقيه قال السلطان لصاحب المال: أنفق عليه فإذا فرغت أخذنا نفقتك من نصيبه فإذا فضل شيء فهو له، وإن لم يتم فيكون ديناً عليه وهكذا قال في «البويطي» وقال فيه: ويكتب عليه صكاً في ذلك قال القاضي الطبري: هذا القائل أجرى عجزه مجرى هربه وهو محتمل جداً.

مسألة: قال: ولو عملَ فيها العاملُ فأثمرت ثم استحقها ربُّهَا[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا عمل العامل في النخيل ثم جاء رجل وأقام البينة أنها له استحقها وسلمت النخيل إليه ونظر في الثمرة فإن لم تكن ظاهرة فللعامل أجر مثله على الغاصب إلى حين أخذ النخل من يده، وإن كانت الثمرة ظاهرة كانت لرب النخل ولا حق للعامل فيها ولا أجرة له على ربها لأنه عمل عليها بغير إذن صاحبها وعمله في النخل أثر لا عين، وهو كما لو غصب من رجل غزلاً وباعه من حائك فنسجه ثم جاء صاحبه فاستحقه بينهما يجب للحائك على صاحبه شيء ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله لأنه دخل على أن يحصل لعمله عوض، فإن قيل: أليس إذا تلفت الثمرة لا يرجع على الدافع بشيء فكذلك ها هنا قلنا: إذا كان عقد المساقاة صحيحاً فلم تثمر النخل أو أثمرت ثم تلفت فلا أجرة له وها هنا الثمرة باقية سالمة ولكن لا يمكنه أخذ ما شرطه لغرورٍ حصل من الدافع فيرجع بأجرة عمله،

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٨٣).

وإن كانا قد اقتسما الثمرة وأكلاها فلصاحبها المطالبة بقيمتها وله أن يطالب من يشاء من الغاصب والعامل، فإن أراد مطالبة الغاصب كان له ذلك بجميع قيمة الثمرة لأنه حال بينه وبينها بغصبه وكان هو السبب في حصولها في يده فيلزمه ضمانها، فإذا أخذ منه القيمة رجع الغاصب على العامل بنصف قيمة الثمرة لأنه أخذ النصف بعقد معاوضة وتلف في يده وبان أنه مستحق للغير فيتقرر الضمان عليه ويرجع على الغاصب بأجر مثل عمله، وإن أراد [١٤٨/أ] صاحبها تضمين العامل ظاهر كلام المزني أن له تضمين نصف قيمة الثمرة وليس له تضمين قيمة الجميع.

واختلف أصحابنا في هذا فمنهم من قال: بظاهر ما ذكره المزني لأن الثمرة لم تحصل في يد العامل بدليل أنه لا يلزمه حفظها كما يلزم العامل في القراض حفظ مال القراض فإذا لم تحصل في يده لم يضمنها وإنما يضمن القدر الذي حصل في يده وهو النصف الذي أخذه بالقسمة فعلى هذا الوجه يجب على العامل ضمان نصف الثمرة، وعلى الغاصب ضمان النصف الآخر، وإن تلفت الأصول أو شيء منها لم يجب على العامل ضمانه لأنه لم تثبت له يد عليه ولكن يجب ذلك على الغاصب وهذا اختيار القاضي الطبري.

ومن أصحابنا من قال: لصاحب الثمرة تضمين العامل جميع قيمة الثمرة لأن الثمرة حصلت في يده من طريق المشاهدة لأنه كان يتصرف فيها ويعمل عليها فيثبت له اليد عليها كالعامل في القراض فعلى هذا إن هلكت أصول النخيل أو شيء منها لزم العامل ضمانه، لأن يده ثبتت عليه وهو اختيار كثير من أصحابنا وهو الأقيس لأن يده كانت مستولية على جميعها حين كانت الثمرة في يده، فإذا قلنا: يضمّنه النصف فضمّنه لم يرجع العامل على الغاصب لأنه قبضه بمعاوضة وتلف في يده فاستقر ضمانه عليه على ما ذكرنا، وإن قلنا: يضمنه جميع القيمة فلا يرجع بقيمة النصف الذي قبضه عوضاً عن عمله، وهل يرجع بالنصف الآخر؟ قولان لأنه حصل في يده على أنه أمانة ثم بان أنه ضمان وكان المساقي غرَّه، وإن كانت الثمرة تلفت بآفة سماوية ولم يأكلها بُنيت على الوجهين فإن قلنا: لا يطالب إلا بالنصف فها هنا لا يرجع المستحق عليه بشيء، وإن قلنا: هناك يرجع بالكل فها هنا له الرجوع أيضاً، وإن كانت الثمرة باقية ولكنها نقصت بالجداد والتشميس فلمالكها النقصان وممن يأخذ على ما ذكرنا في كل القيمة.

مسألة: قال: ولو ساقاه على أنهُ إنْ سقاها بماءِ سماءٍ أو نهرٍ فلهُ [١٤٨/ب] الثلث[1].

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٨٤).

الفصل

وهذا كما قال: إذا قال: ساقيتك على أنك إن سقيته سيحاً أو بماء سماءٍ فلك الثلث، وإن سقيته بنضحٍ أو غربٍ فلك النصف فالمساقاة باطلة كما لو قال في القراض: قارضتك على أنك إن ربحت في البرّ فلك الثلث، وإن ربحت في التمر فلك النصف كان باطلاً والثمرة لرب النخل وللعامل أجر المثل.

مسألة: قال: وإن اشترطَ الداخلُ أنَّ أجرة الأجزاءِ من الثمرةِ[1].

الفصل

وهذا كما قال: صورة المسألة أن يشترط العامل أن الغلمان يعملون معه وتكون أجرتهم من الثمرة كانت المساقاة فاسدة بلا خلافٍ لأن مقتضى المساقاة أن يكون العمل كله على العامل فإذا شرط أن يعمل معه غيره وتكون أجرته من الثمرة فقد أسقط عن نفسه بعض العمل فلا يجوز، ولأنه لا يجوز تعليق الأجرة على ثمرةٍ معدومة ولم يخرج، ولأنه إذا كان العمل عليه يصير بهذا الشرط كأنه شرط لنفسه شيئاً خاصاً منها ولو شرط لنفسه صاعاً والباقي بينهما لا يجوز مع أن الصاع معلوم فالمجهول أولى أن لا يجوز وهكذا لو كان الأجراء غير الغلمان، ولو سمى فقال: لك النصف وللأجير الذي تستأجره السدس، قال بعض أصحابنا: يجوز وكأنه شرط للعامل ثلثي الثمرة وعندي ليس على هذا الإطلاق بل هو على ما ذكرنا فيما سبق إذا شرط الربح في القراض للزوجة أو الأجنبي وقد ذكرنا حكمه.

مسألة: قال: ولو ساقاه على وديٍّ لوقتٍ يعلمُ أنه لا يثمر إليه[2].

الفصل

وهذا كما قال: الودي الفسيلان التي لم تدخل في الحمل فإذا ساقاه عليها لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون غير مغروس، أو يكون مغروساً، فإن كان غير مغروس فقال له: خذ هذه الفسلان واغرسها وقد ساقيتك عليها فهذا لا يجوز، لأن المساقاة لا تجوز إلا على أصول ثابتة، وإن كانت مغروسة ثابتة لا يخلو من ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يساقيه إلى وقتٍ يُعلم أنها لا تثمر فيه فهذا لا يجوز فإن عمل فلا أجرة له على قول المزني لأنه متبرع [١٤٩/أ] بعمله وقد ذكرنا وجهاً آخر أنه يستحق الأجرة.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٨٤).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٨٥).

والثانية: أن يساقيه إلى وقتٍ الظاهر أنها تثمر فيه فالمساقاة صحيحة فإن أثمرت استحق ما شرطه، وإن لم تثمر فلا أجرة له لا يختلف أصحابنا فيه لأنه دخل فيه على أن تكون أجرته من الثمرة، فإذا لم تثمر والعقد صحيح لم يستحق شيئاً، وعلى هذا لو ساقاه عشر سنين والظاهر أنها تثمر في السنة الأخيرة جاز وأكثر ما فيه أنه رضي ببذل عملٍ كثير ليحصل له سهم قليل، فإن لم تثمر في تلك السنة فلا شيء له على ما ذكرنا، ويفارق هذا إذا ساقاه سنين والنخل مما يثمر على أن له نصف الثمرة من سنةٍ واحدةٍ لم يجز لأن هناك جعل له نصف جميع ما يخرجه النخل، وها هنا جعل له بعض ما يخرجه وهو غير معلومٍ بالجزية من الجميع فلا يجوز، ولو فسدت المساقاة في هذه المسألة له أجر المثل لجميع السنين لا للسنة الأخيرة لأنه لم يكن متبرعاً بالعمل أصلاً.

والثالثة: أن يساقيه إلى وقتٍ يجوز أن يثمر ويجوز أن لا يثمر وليس **أحدهما**: بأظهر من الآخر قال أبو إسحاق: المساقاة فاسدة وهو الصحيح لأنه لا يدري هل تحصل له الأجرة أم لا، وفي هذا الموضع له أجر مثله إذا فسدت المساقاة ولم يثمر لأنه لم يدخل على أنه يأخذ أجرة لأنه كان يمكن أن يثمر النخل إلى هذه المدة فلم يجعله متبرعاً بعمله، ومن أصحابنا من قال: المساقاة صحيحة لأن الثمرة ممكنة كما نقول في النخيل الكبار، وكما نقول في القراض، وإن كان الربح غير متيقن وهذا غلط لأن الظاهر هناك حصول الغرض بخلاف مسألتنا، فإذا قلنا بهذا فإن لم يثمر فلا شيء للعامل على ما ذكرنا.

فرع

لو ساقاه على وديّ إلى وقتٍ يعلم أنه يثمر فيه على أن يكون له بعض الثمرة وبعض الودي لم يجز لأنه لا يستحق بعمله إلا ما ينمى بعمله ويزيد قياساً على مال القراض.

مسألة: قال: ولوْ اختلفا بعدَ أن أثمرتِ النخلُ[(١)].

الفصل

وهذا كما قال: [١٤٩/ب] لو ساقى رجلاً فلما أدركت الثمار اختلفا فقال العامل: ساقيتني على أن لي النصف، وقال رب النخل: بل على أن لك الثلث ولي الثلثين تحالفا لأنه اختلاف في مقدار العوض في العقد فحكمه التحالف كالمتبايعين إذا اختلفا في مقدار الثمن أو المبيع تحالفا، فإن حلف **أحدهما**: ونكل الآخر حكم به لمن حلف، وإن حلفا معاً

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٨٦).

فسخ العقد ورجعت الثمرة إلى رب النخل ووجب عليه للعامل أجر مثله فإن أقام **أحدهما**: البينة حكم له بها، وإن أقاما جميعاً البينة قال المزني: ها هنا سقطتا وتحالفا، وفيه قول آخر أنهما تستعملان، وفي كيفية استعمالها ثلاثة أقوالٍ: القسمة، والقرعة، والوقف ولا يجيء ها هنا القسمة والوقف لأن اختلافهما في العقد ولا يجوز قسمة العقد ولا وقفه ويجيء فيه الإقراع فمن خرجت قرعته حكم له ببينته، وهل يحلف مع القرعة؟ قولان وهذان القولان مبنيان على أن القرعة تقدم البينة أو الدعوى، فإن قلنا: يقدم البينة وهو المذهب لا يمين عليه، وإن قلنا أنه يقدم الدعوى ويكون دلالة على صدق دعواه فعليه اليمين وهذا ليس بشيء، وقال بعض أصحابنا بخراسان: يأتي فيه قول القسمة فيجعل قدر التفاوت بين دعوتيهما نصفين بينهما وهذا غلط لأنهما اختلفا في المشروط في العقد فيتحالفان كما لو كان قبل العمل.

مسألة: قال: ولو دفعا نخلاً إلى رجلٍ مساقاة فلمّا أثمرت اختلفوا[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان بستان بين رجلين فساقيا جميعاً رجلاً واحداً فلما أثمرت النخيل اختلفوا فقال العامل: شرطتما لي النصف ولكما النصف فصدقه **أحدهما**: وكذبه الآخر وقال: بل شرطت الثلث من حصتي فإن المصدق يقاسمه على النصف ثم ينظر فيه، فإن كان عدلاً شهد للعامل على شريكه وحلف العامل معه واستحق عليه أيضاً النصف، لأن هذه شهادة لا خلل فيها بوجهٍ وبالشاهد [١٥٠/أ] واليمين يحكم فيما طريقة المال، وإن لم يكن عدلاً تحالفا والحكم في يمينهما على ما بيناه.

مسألة: قال: ولو شرطَ له من نصيبِ أحدهما: بعينه النصفُ[2].

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان العامل واحداً ورب النخيل اثنين فساقيا على النصف من نصيب أحدهما: والثلث من نصيب الآخر فإن علموا من يكون له النصف من حصته والمال يكون له الثلث من حصته يجوز، وإن جهلوا أو أحدهم لا يجوز ويشترط أيضاً أن يعلم قدر ملك كل واحدٍ منهما على ما ذكرنا فيما سبق.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/٣٨٦).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧/٣٨٧).

فرع

قال في «الجامع الكبير»: لو قال: ساقيتك على هذا النخل بنصف ثمرتها على أن يكون ذلك عوض عملك جاز لأن ما يأخذه العامل يكون كذلك فشرطه لا يؤثر.

فرع آخر

قال: لو ساقاه على نخل في أرض الخراج كان الخراج على رب المال لأنه يجب عن الأصول أثمرت أو لم تثمر.

فرع آخر

قد ذكرنا أن العامل شريك في الثمرة على الصحيح من المذهب وتجب الزكاة عليهما، وإذا قلنا بالوجه الضعيف تجب الزكاة على رب النخل وحده فمن أين تعتبر؟ قد ذكرنا في القراض ثلاثة أوجه ويجيء ها هنا وجهان **أحدهما**: في رب المال وحده، **والثاني**: في نصيبهما وبالله التوفيق.

كتاب الإجارات[١]

قال: قال الله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق: ٦] الآية وهذا كما قال: اشتقاق الإجارة من الأجر، والأجر هو الثواب وسمى الله تعالى المهر أجراً يعني عوضاً في مقابلة البضع والأصل في جواز الإجارة الكتاب والسنَّة والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ فأجاز الإجارة على الرضاع، واللبن قد يقل ويكثر وشرب المرضَع يقل ويكثر فلأن تجوز [١٥٠/ب] سائر الإجارات والضرر فيه أقل أولى وأيضاً قال الله تعالى: ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج﴾ [القصص: ٢٧] فجوّز إجارة موسى صلى الله عليه نفسه لبضع ابنة شعيب ﷺ وأيضاً قوله تعالى في قصة الخضر وموسى صلى الله عليهما: ﴿فوجدا فيها جداراً يريد أن ينقض فأقامه قال: لو شئت لاتخذت عليه أجراً﴾ [الكهف: ٧٧] فدل على جوازه أخذ الأجرة في الإجارة. وأما السنَّة فما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»[٢]، وروى سعيد ابن المسيب عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنهما أنه قال: كنا نكري الأرض بما على السواقي من الزرع فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو ورق[٣]، وروى أبو أمامة التيمي قال: سألت ابن عمر فقلت: إنا قوم نكري في هذا الوجه وإن قومنا يزعمون أن لا حج لنا فقال ابن عمر: ألستم تلبون وتطوفون بين الصفا والمروة إن رجلاً أتى النبي ﷺ فسأل: عما تسألوني عنه فلم يردّ عليه حتى نزل ﴿ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم﴾ [البقرة: ١٩٨] فتلاها عليه[٤].

وروى ابن عباس أن النبي ﷺ احتجم وأعطى الحجَّام أجره[٥]، وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «قال ربكم: «ثلاثة أنا خصمهم ومن كنت خصمه خصمته رجل

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٣٨٨/٧).

(٢) أخرجه ابن ماجه عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما في الأحكام، باب أجر الأجراء (٢٤٤٣).

(٣) أخرجه أبو داود في «سننه» (٣٣٩١) والدارمي في «سننه» (٢٦١٨).

(٤) أخرجه أحمد في «مسنده» (٦٣٩٨).

(٥) أخرجه البخاري في الإجارة، باب خراج الحجام (٢٢٧٩) ومسلم في المساقاة، باب حل أجرة الحجامة (١٢٠٢) وأبو داود في البيوع باب في كسب الحجام (٣٤٢٣).

أعطى بي عهداً ثم غدر ورجل باع حراً وأكل ثمنه ورجل استأجر أجيراً فاستوفى عمله ولم يوفّه أجره»[(١)]، وروي أنه ﷺ قال: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته رجل أعطى بي صفقة يمينه ثم غدر»[(٢)]، وروي: «رجل أعطى بي ثم غدر» الخبر وأيضاً قال ﷺ: «مثلكم ومثل من مضى من الأمم كمثل رجلٍ [١٥١/أ] استأجر أجيراً من الصبح إلى الظهر بقيراطٍ ألا فعملت اليهود»[(٣)] الخبر وأيضاً روي أن النبي ﷺ قال: «أيعجز أحدكم أن يكون كصاحب الفرق»[(٤)] وذكر قصة ثلاثة من بني إسرائيل ألجأهم المطر إلى غارٍ وذكر أحدهم إني استأجرت أجيراً بفرقٍ من بر فعمل ولم يأخذ أجرته فزرعه له حتى نمى وصار قدراً عظيماً ثم عاد الأجير فدفع إليه جميعه.

وروي أن النبي ﷺ لما أراد الهجرة قال: يا عليّ ارتد لنا دليلاً من الأزد فإنهم أوفى للعهد فاستأجر عبد الله بن أريقط الليثي من الأزد دليلاً إلى المدينة[(٥)]، وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلاً من الدّيل خريتاً عالماً بالهداية[(٦)]، وروي أن النبي ﷺ قال: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»[(٧)].

وأما الإجماع قال الشافعي: عمل بها بعض الصحابة والتابعين ولا اختلاف في ذلك بين أهل العلم ببلدنا وعوام أهل الأمصار، وروي أن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه آجر نفسه من يهودي فاستقى له الماء كل دلوٍ بتمرةٍ حتى استقى بضعاً وأربعين دلواً[(٨)]، وروي أنه كان يستقي الماء لامرأة يهودية كل دلوٍ بتمرةٍ[(٩)]، وقال أبو هريرة: آجرت نفسي من ابنة غنزوان بملء بطني[(١٠)]، وإنما استقصى الشافعي في هذا الفصل لما بلغه من قول بعض

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب إثم من باع حراً (٢٢٢٧) وابن ماجه في الأحكام، باب أجر الأجراء (٢٤٤٢) وأحمد في «مسنده» (٨٤٧٧).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٦/ ١٤) والزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٣٢).

(٣) انظر فتح الباري (٤/ ٤٤٥).

(٤) أخرج نحوه أبو داود في البيوع، باب في الرجل يتجر في ماله الرجل بغير إذنه (٣٣٨٧) وأحمد في «مسنده» (٥٩٣٧).

(٥) انظر السيرة النبوية لابن كثير.

(٦) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٣٢).

(٧) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٦/ ١٢٠).

(٨) أخرج نحوه الترمذي في صفة القيامة والرقائق والورع عن رسول الله ﷺ باب منه (٢٤٧٣) وابن ماجه في الأحكام، باب الرجل يستقي كل دلو بتمرة ويشترط جلدة (٢٤٤٦).

(٩) لم أجده.

(١٠) لم أجده.

السلف وهو ابن كيسان أن الإجارة لا تصح لأنها ترد على منفعة لم تخلق بعد إلا أن هذا القائل ليس ممن يعدّ في الفقه خلافه.

وروي عن عبد الرحمن الأصم والقاشاني وإسماعيل بن علية وبعض المتكلمين أنه لا تجوز الإجارة ولا اعتبار بخلافهم أيضاً لأنهم ليسوا من أهل الصنعة، وقال الشافعي: هذا القول جهل من قائله ولأن الحاجة داعية إلى جوازها لأن كل أحدٍ لا يجد داراً يسكنها [١٥١/ب] ملكاً ولا يجد من يتطوع به فجوّز الإجارة كما جوّز سائر البياعات فإذا ثبت جوازها فإنما تجوز على الوجهين إما أن يعقد على مدةٍ معلومة، أو على عمل معلوم ولا يجوز أن يقدر المدة والعمل معاً فيقول: استأجرتك لتخيط لي ثوباً في يوم أو أسبوع خلافاً لأبي يوسف ومحمد لأن ذلك يؤدي إلى التضاد فإنه ربما يفرغ من العمل في المدة ولا يمكنه أن ينصرف لأنه قد بقي بعض المدة ولا يمكن المستأجر أن يطالبه بالعمل ثانياً لأنه تمم العمل الذي استأجره عليه وقد يمضي اليوم ولا يكون قد فرغ من العمل فلا يمكنه أن ينصرف لأنه بقي بعض العمل ولا يمكن المستأجر أن يطالبه بالعمل لأن المدة قد انقضت فيؤدي ذلك إلى التضاد فلا يصح.

مسألة: قال: والإجاراتُ صنفٌ من البيوعِ[١].

الفصل

وهذا كما قال: الإجارة صنفٌ من البيوع لأنها تمليك المنافع بعوضٍ فكانت بمنزلة تمليك العين الحاضرة بعوضٍ وهل تنعقد بلفظ البيع؟ وجهان **أحدهما**: تنعقد لأنها بيع المنافع، **والثاني**: لا تنعقد لاختصاصها بالاسم والحكم والإجارة عقد لازم لا يجوز لأحد المتآجرين فسخها إلا بعيب كما نقول في البيع: فإذا اكترى دكاناً ليبيع فيه براً فاحترق البرّ أو أفلس لم يكن له فسخ الإجارة، وكذلك إذا اكترى جملاً ليسافر فمرض وانقطع عن القافلة ليس له فسخ الإجارة، وكذلك إذا اكترى دكاناً ليبيع فيه البرّ فمرض ولا يتمكن من التجارة فيه ليس له الفسخ وهذا لأن المعقود عليه بحاله يمكن قبضه والمانع في العاقد دون المعقود عليه فلم يتعلق به ثبوت الخيار وبه قال مالك والثوري وأبو ثور، وقال أبو حنيفة: للمكتري فسخ الإجارة بالأعذار وكذلك للمُكري وهذا غلط لما ذكرنا من المعنى.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٩٢).

فرع

لو استأجر ليقلع سنّه للوجع جاز فإن سكن الوجع قبل قلعه لم يكن له قلعه ويحرم ذلك وانفسخ عقد الإجارة لأنه بمنزلة تلف المعقود عليه وإن لم يسكن الوجع وامتنع من القلع لم يجبر عليه [١٥٢/أ] وقيل له: إما أن تقلع سنّك أو تترك قلعه ولكن يلزمك أن تدفع إليه أجرته لأنه مكنك من المعقود عليه وإنما الامتناع من استيفائه من جهتك فهو كما لو اكتريت داراً فمكّنك منها فامتنعت من قبضها لزمك أجر المثل كذلك ها هنا.

وقال القاضي الطبري: لو مات هذا الأجير بعد هذا التمكين انفسخ العقد عندي لأن المعقود عليه لم يكن مقبوضاً للمكتري وإنما تلف في يد المكري، ألا ترى أن من تزوج بامرأة فمكنته من نفسها كان لها أن تطالب بالمهر فإن طلقها قبل الدخول سقط نصف المهر وإن ارتدت الزوجة سقط جميع المهر لأنه لم يوجد منها غير التمكين ولم يصر مقبوضاً للزوج فكذلك ها هنا، فإن قيل: أليس إذا اكترى دابةً ليركبها إلى موضع معلوم فحبسها مدةً يمكنه أن يركبها إليه فلم يفعل لزمته الأجرة وإن تلفت الدابة في يده بعد مضي هذا القدر من الزمان لم تسقط الأجرة وكذلك إذا مضى من الزمان مقدار ما يمكن قلعه وجب أن تستقر الأجرة قلنا: هذا غلط لأن منافع الدابة صارت مقبوضة له فإذا تلفت في قبضه ويده استقرت الأجرة عليه وها هنا منفعة القلاّع لم تصر مقبوضة للمكتري وإنما هي في يده ولا تثبت اليد على الحر بوجهٍ فلهذا يسقط بالهلاك بعده فحصل الفرق بينهما.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: تستقر الأجرة بمضي المدة كما في مسألة الدابة وما ذكره القاضي أحسن وعلى هذا إذا اكترى رجلاً ليهدم له حائطاً فامتنع صاحب الحائط من هدمه لم يجبر عليه ولزمته الأجرة وإن مكّنه الأجير من عمله وهكذا لو استأجره للقصاص ثم أراد أن لا يقتص أو لقطع اليد للآكلة ثم بدا له في ذلك.

فرع آخر

اختلف أصحابنا فيما تناوله عقد الإجارة فقال أكثرهم: تناول المنفعة وبه قال أبو حنيفة ومالك لأن الأجرة في مقابلة المنفعة ولهذا تضمن المنفعة دون العين وإنما يوجه إلى العين لتعيّن المنفعة بها ولو قال: [١٥٢/ب] أجرتك منفعة هذه الدار تصح الإجارة، وقال أبو إسحاق: عقد الإجارة تناول العين دون المنفعة ليستوفي من العين مقصوده لأن المنافع غير موجودة عند العقد ويضاف العقد إلى العين وهذا غلط لأنه تجوز الإجارة في الذمة وإن لم يضف إلى العين.

فرع آخر

قال الشافعي في أثناء الفصل: وكذلك تملك المنفعة التي في العبد يريد به أن المستأجر يملك المنفعة المعقود عليها إلى المدة التي اشترط وتحدث المنفعة في ملك المستأجر، وقال أبو حنيفة: المنفعة تحدث على ملك المؤجر ولا يملكها المستأجر بالعقد لأنها معدومة فلا تكون مملوكة وهذا غلط لأن الملك عبارة عن حكمٍ وهو جواز التصرف المخصوص والتصرف فيها في الأيام المستقبلية يصح من هذا المستأجر كما يصح من المؤجر فثبت أن ملكها انتقل إلى المستأجر وأما قوله: إنها معدومة قلنا: ولكنها جعلت كالموجودة حكماً كما في حق المؤجر.

مسألة: قال: فإذا دفعَ مَا أكرى وجبَ لهُ جميعُ الكراءِ

الفصل

وهذا كما قال: إذا آجر داراً أو دابة مدة معلومة بأجرة معلومة لا يخلو من ثلاثة أحوال إما أن يشترط تأجيل الأجرة إلى آخر المدة أو تعجيلها في الحال أو يطلق فإن شرط تأجيلها كانت مؤجلة ولم يكن للمكري مطالبته بها حتى تنقضي مدة الإجارة وإن شرط تعجيلها أو أطلقا العقد فإنه يملك الأجرة بالعقد ويستحق المطالبة بها إذا سلم العين المؤاجرة إلى المستأجر وهذا لأن حكم المنافع في الإجارة كحكم العين في البيع وليست منزلتها منزلة الدين إذ لو كان كذلك لما جاز عقد الإجارة بأجرة مؤجلة لأنها تكون حينئذ بيع دين بدين وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الدين.

وقال أبو حنيفة: إذا أطلق تجب الأجرة على مر الزمان جزءاً فجزءاً غير أنه لا يمكن استيفاء ما يصيب لحظةً أو ساعةً فمتى اجتمع قدر يمكن استيفاؤه ثبت حق الطلب في ذلك القدر وعن مالك روايتان [١٥٣/أ] إحداهما لا يحل شيء منها ما لم تمض جميع المدة وهذا أقيس من قول أبي حنيفة كما لو باع صبرةً من طعامٍ بمائة لا يستحق بتسليم بعض المبيع طلب حصته من الثمن حتى يسلم الكل، والثانية أنه على عادة الناس فأجرت العادة به مشاهدةً يستحق عند انقضاء كل شهرٍ حصته من أجرته وما جرت العادة به مسانهةً تجب حصة كل سنة عند انقضائها.

فرع

هل يجوز أن تكون الأجرة المعينة في الإجارة جزافاً أم لا؟ فيه طريقان إحداهما فيه قولان كالقولين في رأس المال هل يجوز أن يكون جزافاً أم لا وهذا لأن مقصود كل واحدٍ

من العقدين منتظر غير منبرم، والثانية يجوز قولاً واحداً بخلاف السلم، والفرق أن السلم معقود إلى أجل فهو غرر والجزاف غرر فلا يضاف الغرر إلى الغرر والإجارة معقودة على منفعةٍ حالةٍ ولكنها تستوفى شيئاً فشيئاً فصار كما لو اشترى صبرة طعامٍ بثمنٍ جزافاً جاز.

فرع آخر

لو استأجر عبداً بنفقته أو بعيراً بعلوفته لم يجز، وقال مالك: يجوز لأن أبا هريرة آجر نفسه بطعام بطنه وهذا غلط لأنها أجرة مجهولة والخبر يحتمل أنه كان مقدراً فلا حجة فيه.

فرع آخر

لو قال: آجرتك داري هذه كل شهرٍ بدرهم ولم يذكر آخر المدة فالمذهب أنه لا يجوز أصلاً ويخالف هذا إذا قال: آجرتك هذا الشهر بدرهم وما زاد فبحسابه لأن ها هنا أفرد الشهر الأول بالعقد، وقال الإصطخري: يصح في الشهر الأول وهذا خلاف مذهب الشافعي وغلط فيه لأنه لو قال: بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بعشرة دراهم لم يصح البيع في شيء من الأقفزة كذلك ها هنا، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان قال في «الإملاء» مثل ما قال الإصطخري وهذا غريب وهو قول أبي حنيفة، وحكي عنه أنه قال: يجوز في جميع الشهور فإذا قلنا: باطل فسكن الدار لم يلزم أجر المثل وإذا قلنا بالقول الآخر يلزم [١٥٣/ب] للشهر الأول المسمى وللباقي أجر المثل.

وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لكل واحدٍ منهما عند انقضاء الشهر أن يفسخ فإن لم يفعلا حتى مضى يومٌ من الشهر الثاني ليس لواحدٍ منهما أن يفسخ لأنه اتصل بالعقد الفاسد القبض وهذا غلط لأن القبض لم يحصل بالإجماع ولا يلزم العقد الفاسد في الأعيان عنده بالقبض لأن للبائع أن يسترجع متى شاء ولا يضمن أيضاً بالمسمى في العقد الفاسد بل يضمن بالقيمة فهذا مناقضة، وحكي عن مالك أنه قال: الإجارة صحيحة وكلما مضى شهراً يستحق المسمى إلا أنها لا تكون لازمة لأن المنافع مقدرة بتقدير الأجرة ولا يحتاج إلى ذكر المدة إلا في اللزوم وهذا غلط لأن الأجرة مقدرة في كل شهرٍ وجملة الأشهر والإجارة عقد لازم فلا يجوز أن يقع غير لازم.

مسألة: قال: فإن قبضَ العبدُ فاستخدمَهُ والمسكنُ فسكنهُ[(١)].

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٣٩٧).

الفصل

وهذا كما قال: ذكر هلاك العبد وانهدام المسكن فنقدم الكلام في هلاك العبد فنقول: إذا استأجر عبداً أو بهيمة فمات في يده لا يخلو من أربعة أحوال إما أن يكون ذلك بعد انقضاء المدة أو عقيب العقد أو عقيب القبض أو بعد مضي شهرٍ من المدة، فإن كان بعد انقضاء المدة فقد استقرت الأجرة ولا يضر العقد لأنها صارت مقبوضة بمضي المدة ولا ضمان عليه في العين لأنه قبضها ليستوفي حقه منها وإن تلفت عقيب العقد انفسخت الإجارة وسقطت الأجرة بالإجماع وإن تلفت عقيب القبض انفسخت الإجارة وسقطت الأجرة وبه قال عامة الفقهاء.

وقال أبو ثور: يلزمه كل الأجرة لأن جميع المنافع صارت مقبوضة له بقبض العين بدليل جواز التصرف فيها وهذا غلط لأن المنافع تلفت قبل استيفائها فأشبه إذا تلفت قبل تسليم العبد وأما جواز التصرف لا يدل على القبض، ألا ترى أن البائع يتصرف في الثمن قبل القبض ولا يكون مانعاً من الفسخ بالإفلاس وإن تلفت بعد مضي شهر من المدة لا [١٥٤/أ] خلاف على المذهب أن عقد الإجارة قد انفسخ فيما بقي من المدة لأن المنافع المستقبلية صارت تالفة بهلاكه وأما ما مضى من المدة هل ينفسخ العقد فيه اختلف أصحابنا فيه على طريقين فمنهم من قال: فيه قولان لأن الصفقة إذا فسدت في بعضها هل تفسد في جميعها قولان ومنهم من قال: لا ينفسخ فيما مضى قولاً واحداً لأن الصفقة في الابتداء وقعت صحيحة ثم ورد الفساد على بعضها فاختص ذلك البعض بالفساد وإنما القولان في تفريق الصفقة إذا جمعت الصفقة في الابتداء ما يجوز وما لا يجوز وهذا هو الأصح وعليه أكثر أصحابنا.

فإذا قلنا: ينفسخ فيما مضى فإن الأجرة المسماة تسقط ويثبت للمؤجر على المستأجر في قدر ما استخدمه أجر المثل، فإن لم يكن قبض المسمى طالبه بأجرة المثل، وإن كان قد قبض المسمى رد عليه ما زاد على أجرة المثل وإذا قلنا: لا ينفسخ فيما مضى يلزمه لما مضى بحصته من الأجرة، فإن كان ما مضى نصف المدة يلزمه نصف الأجرة، وإن كان ربع المدة يلزمه ربع الأجرة وهذا إذا كانت قيمة المنفعة متساوية في جميع المدة، فإن كانت مختلفة يقسط على قدر قيمة المنافع في المدة ولو مرض العبد لا ينفسخ عقد الإجارة لأن منافعه لم تتلف بالمرض بل صارت معيبة بالمرض فله الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء رضي به فإذا فسخ فهل ينفسخ فيما مضى على ما ذكرنا من الطريقين وأما الدار إذا انهدمت كلها في أثناء مدة الإجارة انفسخ عقد الإجارة في المستقبل قولاً واحداً كما قلنا في موت العبد وهل ينفسخ فيما مضى على ما ذكرنا من الخلاف.

فإذا قلنا: لا ينفسخ أخذها بما يخصها من الأجرة المسماة، فإن كانت الشهور متساوية لزمه ما يخص ما مضى من المدة، وإن كانت الشهور متفاوتة في الكراء وكان في بعض المدة تقع أيام الموسم مثل ما يكون في القطيعة أيام الحاج وفي مكة وقت الحج فالأجرة المسماة تقسم على مقدار الكراء [١٥٤/ب] فيما مضى وفيما بقي فإذا كانت قيمة السكنى فيما مضى مائة وفيما بقي مائتين أخذ لما مضى ثلث الأجرة، وإن كان في الزمان الذي مضى مائتين أخذ ثلثي الأجرة وعلى هذا القياس وكذلك إذا استأجر حمّاماً سنةً فمضى الصيف ثم انهدم وأجر مثل الصيف خمسون وأجر مثل الشتاء مائة يلزم أجر المثل على حسب ما يليق بذلك ويعتبر أجر مثله يوم العقد لا فيما بعد ذلك لأن في ذلك اليوم تناول العقد المنافع، فإن قيل: إذا قلتم العقد لا ينفسخ فيما مضى فهلاّ قلتم: للمستأجر أن يفسخه لأنه جميع المعقود عليه لم يسلم له كما تقولون في الأعيان وكما لو صالح من عين أقر له بها على خدمة عبدٍ بعينه سنة فمات العبد في بعض السنة وقلنا: لا ينفسخ الصلح فيما مضى كان له أن يفسخه قلنا: ها هنا عوض المنافع دراهم أو دنانير وليس عليه في تبعيضها ضرر وليس كذلك في الأعيان حتى إذا كان عوض المنافع داراً كان عليه في تبعيضها ضرر فجعلنا له الخيار، ومن أصحابنا من قال: هل له الخيار في فسخه؟ وجهان:

أحدهما: لا خيار له لفواته على يده.

والثاني: له الخيار لتفريق الصفقة عليه فإن شاء أجاز فيما مضى وإن شاء فسخها فيه فإن أجاز لزمه من الأجرة بالقسط على ما ذكرنا وخرّج بعض أصحابنا قولاً آخر أنه يجبر بجميع الأجرة وإلا فسخ وهذا قول من يجعل الفساد الطارئ كالفساد المقارن فإن فسخ الإجارة في الماضي يلزم فيه أجر المثل على ما ذكرنا.

ومن أصحابنا من قال: إذا انهدمت الدار لا تنفسخ الإجارة بل يثبت له حق الفسخ لأنه يمكن المنفعة بالعرصة بالجلوس ووضع القماش فيها بخلاف هلاك العبد فإن منفعته فاتت من كل وجهٍ وعلى هذا لو اختار الفسخ فهو كما لو انفسخ وإن اختار الإجارة أمسكنا بكل الأجرة قولاً واحداً كما لو عاب المبيع فاختار المشتري إمساكه يمسكه بكل الثمن وهذا خلاف نص الشافعي [١٥٥/أ] وغلط أيضاً لأن العقد تناول منفعة الدار والعرصة ليست بدارٍ ولا منفعتها منفعة دارٍ وإنما هي أرض فلا تأثير لبقائها وعند أبي ثور انهدام الدار بعد قبضها لا يبطل الإجارة كما قال في موت العبد.

فرع

لو حدث بالعبد المستأجر برصٌ فهو لا يؤثر في العمل، فإن كان مما لا تعاف النفس

برصه فيه كالبناء ورعي المواشي لا خيار للمستأجر، وإن كان مما تعاف النفس برصه فيه كخدمته في مأكله ومشربه وملبسه فله الخيار.

فرع آخر

لو خرّبت الدار حولها أو بطلت الدكاكين حولها وخربت السوق لا خيار له لأنه عيب حدث في غير المعقود عليه.

فرع آخر

لو تشعّثت الدار فلم يختر المستأجر الفسخ حتى عمرها المؤجر ففي خيار المستأجر وجهان **أحدهما**: لا خيار لارتفاع موجبه، **والثاني**: له الخيار لما تقدم من استحقاقه ولو رضي بها متشعثة هل يلزمه جميع الأجرة؟ وجهان **أحدهما**: يلزم كما في البيع إذا رضي بالعيب يلزمه كل الثمن، **والثاني**: لا يلزم كل الأجرة لأنه لم يستوف جميع ما استحق من المنفعة.

فرع آخر

لو استأجر داراً فانطمَّت آبارها وامتلأت حشوشها قال أصحابنا: تنقية ذلك على المؤجر من غير تفصيل لما عليه من حقوق التمكين، وقال القاضي الماوردي: الذي عندي وهو المذهب أن تنقية ما انطمّ من آبارها على المؤجر وتنقية ما امتلأ من حشوشها على المستأجر لأن امتلاء الحشوش من فعله فصار كتحويل القماش بخلاف انطمام الآبار ولو امتنع المستأجر من تنقية ما يلزمه أجبر عليه وإن امتنع المؤجر من تنقية ما يلزمه من الآبار لم يجبر عليه وكان للمستأجر الخيار.

مسألة: قال: ولا تفسخُ بموتِ أحدهِمَا[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا مات أحد المتعاقدين مع بقاء المعقود عليه لا تبطل الإجارة ويقوم ورثته مقامه في أخذ الأجرة إن مات [١٥٥/ب] المكري وإن مات المكتري فورثته يقومون مقامه في استيفاء المنافع ولكن تتعجل الأجرة المؤجلة بالشرط عند الموت فإن لم يترك وفاء فله فسخ الإجارة لأنه مفلس وبه قال مالك وأحمد وإسحاق وأبو ثور وعثمان البتي.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٤٠٠).

وقال أبو حنيفة والثوري والليث بن سعد: تنفسخ الإجارة بموت أحدهما: وهذا غلط لأنها عقد لازم فلا تنفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه كالبيع وقد قال الشافعي في هذا الفصل: وليس الوارث بأكثر من المورث ومراده بهذا أن المورث الذي أنشأ عقد الإجارة على داره التي أكراها لو أراد أن يفسخ ذلك العقد لم يكن له فكذلك وارثه لا يستحق إلا ما استحقه فإن الوارث ينزل منزلة الموروث ثم قال الشافعي بعد مسألة الموت: فإذا قيل: فقد انتفع المكري بالثمن قيل: كما لو أسلم في رطبٍ لوقتٍ فانقطع رجع بالثمن فالمزني أوهم بهذا العطف أن هذا السؤال سؤال في مسألة الموت وليس كذلك ولكنه سؤال ألزم نفسه في مسألة الانهدام ووجه الإلزام أن المكري في العقد الحال قبض جميع الأجرة وانتفع بها فإذا انهدمت الدار وقد بقي نصف المدة كيف ينقص المكري في بعض الثمن وقد كان ملكه على الجميع كاملاً وكان في الجميع متصرفاً وبه منتفعاً والجواب أن حكمنا له بالملك حين سلم الدار فلما انهدمت الدار نقضنا ذلك الملك في وقت الانهدام ومثل ذلك لا يستبعد، ألا ترى أن رجلاً لو أسلم ديناراً في رطبٍ لوقت معلوم وسلم الدينار فقد ملكه بائع الرطب وملك التصرف فيه على الإطلاق والانتفاع به فإذا انقطع الرطب نقضنا ملكه في الدينار، وكذلك لو باع متاعاً غائباً ببلدٍ ودفع الثمن فهلك المتاع رجع بالثمن وقد انتفع به البائع فعلمنا أن الانتفاع لا يمنع نقض الملك عند وجود ما يوجب النقض قال المزني: هذه المسألة التي ذكرها الشافعي في بيع الغائب تجويز منه بيع الغائب [١٥٦/أ] وقد أباه في موضع آخر يقال له: يحتمل أنه صور المسألة في غائب تقدمت رؤيته فيكون البيع جائزاً قولاً واحداً، وإن كان مما لم يره قط كان جواباً على أحد القولين.

فرع

لو آجر الموقوف عليه أولاً ثم مات قال ابن أبي هريرة: انفسخ العقد لأن الموقوف عليه ثانياً يأخذه عن الواقف دون العاقد وها هنا الوارث يأخذه عن العاقد ويخلف فيه وهو اختيار القاضي الطبري، ومن أصحابنا من قال: لا تبطل الإجارة ذكره أبو حامد وهو القياس.

وقال في «الحاوي»: إن كان متولياً وله حق في غلته لكونه وقفاً عليه أيضاً فأجر ثم مات هل تبطل الإجارة؟ وجهان والأصح أنه لا تبطل لأن مؤجره والٍ قد أجره في حق نفسه وحق من بعده بولايته.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل للموقوف عليه أن يؤاجر الدار الموقوفة؟ وجهان **أحدهما**: لا يجوز إلا أن ينصبه الواقف أو الحاكم فيما فيها فيتصرف فيها بحكم الولاية

فأما بحكم أن الغلة تصرف إليه فلا يؤاجر وهذا على قولنا: أن الملك فيه للواقف أو قلنا: لا مالك له، **والثاني**: يجوز لأنه المستحق وهذا إذا قلنا: الملك فيه للموقوف عليه فإذا قلنا بهذا فأجره مدةً الغالب فيها سلامته فمات قبل مضي المدة هل يحكم ببطلان العقد فيما زاد؟ وجهان **أحدهما**: يبطل، **والثاني**: لا يبطل بل ينظر إلى حصة ما بقي من الأجرة ليصرف إلى المستحق الثاني.

فرع آخر

إذا أجر الأب ولده الصغير مدة يحتمل أن لا يبلغ قبل انقضائها فبلغ مثل إن كان ابن أربع عشر سنة فأجره سنة ثم بلغ بالاحتلام لا تبطل الإجارة ولا خيار له ولو أجر أم ولده ثم مات السيد بطلت الإجارة، والفرق أن الصبي معقود عليه في حق نفسه فلم يزل العقد بزوال يد عاقده وأم الولد معقود عليها في حق السيد فزال العقد بزوال ملك عاقده، وإن كان يتيقن أنه يبلغ قبل انقضائها مثل [١٥٦/ب] إن كان ابن أربع عشرة سنة فأجره سنتين تبطل في السنة الثانية وهل يبطل في السنة الأولى؟ قولان بناءً على تفريق الصفقة.

ومن أصحابنا من قال: إذا بلغ في أثناء المدة تبطل الإجارة بكل حالٍ لأنه إذا بلغ بان أن تصرف الوالد إنما نفذ إلى هذا الوقت ولا ولاية له فيما بعد ذلك، ومن أصحابنا من ذكر وجهاً آخر أنه لا يبطل أصلاً كما لو زوجه ثم مات وهذا ضعيف لأنه يؤدي إلى أن يعقد على منافعه طول عمره ولا يشبه النكاح لأنه لا يمكن تأقيته وإنما يعقد الأبد الأبد.

وقال أبو حنيفة: إذا بلغ يثبت للابن الخيار وهذا غلط لأنه عقد عليه قبل أن يملك التصرف فيه بنفسه فلا يثبت له الخيار ببلوغه وعلى ما ذكرنا إذا أجر ملكه ثم بلغ هل تبطل الإجارة أو لا؟ وحكم الوصي والقيّم من جهة الحاكم حكم الأب سواء.

فرع آخر

إذا أجر الحر نفسه ثم مات بطلت الإجارة بلا خلافٍ لتلف المعقود عليه لا لموت العاقد.

فرع آخر

لو أجر عبده ثم أعتقه قبل انقضاء مدة الإجارة نفذ العتق ولم تبطل الإجارة ولا خيار للعبد في فسخه لأن العقد وقع لازماً فلا يملك إبطاله بالعتق ويفارق أم الولد إذا أعتقت بموت السيد تبطل الإجارة عليها لأنه بالعتق ملك نفسه لتمليك السيد له فاختص بما كان على ملك السيد وأم الولد تملك نفسها بموت السيد من غير تمليكه فكان الملك على عمومه

وخرّج ابن سريج فيه قولاً آخر أنه تبطل الإجارة بالعتق وهذا غريب لا يعرف للشافعي ما يدل عليه، وقال أبو حنيفة: لا تبطل الإجارة ولكن للعبد الخيار إن شاء أجازها وإن شاء فسخها كالأمة إذا عتقت تحت زوج عبدٍ لها الخيار وهذا غلط لما ذكرنا والخيار في النكاح يثبت لنقص الزوج بالرق وهي لم ترض به وقت العقد وها هنا لا يوجد هذا المعنى [١٥٧/أ]

فرع آخر

إذا أعتقه وبقي في الإجارة هل يرجع على سيده بأجر مثله فيما بقي من مدة الإجارة بعد العتق؟ قال في القديم: يرجع لأنه تستوفى منه المنفعة بسبب كان من السيد فرجع بها عليه كما لو أكرهه على عملٍ، وقال في الجديد: لا يرجع بشيءٍ لأنه تصرف في منافعه تصرفاً كان له فإذا طرأت الحرية لا يملك الرجوع عليه كما لو زوجها واستقر مهرها بالدخول ثم أعتقها ويخالف المكره لأنه تعدى بالإكراه عليه ولا يختلف المذهب أن السيد لو مات فأعتقه الوارث لا يرجع على الوارث بشيء.

فرع آخر

إذا أجر الدار من وارثه ثم مات وورثها بطلت الإجارة كما لو تزوج أمةً ثم ورثها بطل نكاحها لأن كل واحدٍ منهما عقد على منفعة وهذا اختيار ابن الحداد والقاضي الطبري، وقال بعض أصحابنا: لا تبطل الإجارة لأن الملك لا يبطل الإجارة لأن الملك لا ينافي الإجارة، ألا ترى أنه يجوز أن يؤاجر ملكه من رجلٍ ثم يستأجر من مستأجره ويصح وفائدة هذا أنه لو وجد بها عيباً بعد الشراء له أن يمسكها بحكم الإجارة على هذا الوجه.

فرع آخر

إذا قلنا: تبطل الإجارة إذا ورثها رجع بالأجرة في تركته إن لم يكن مضت المدة، فإن كان هناك غرماء يضار بهم في التركة وإن مضي بعض المدة يرجع لما بقي.

فرع آخر

إذا أجر داره مدةً ثم باعها، فإن كانت الإجارة فاسدة صح البيع لأنه لا يملك المكتري منافعها، وإن كان الإجارة صحيحة فباعها من المستأجر جاز لأنه ليس دونه حائل وعقد الإجارة بحاله في أحد الوجهين وتحدث المنافع في ملك المكتري بعقد الإجارة إلى انقضاء المدة فإذا انقضت المدة صارت حادثةً بحكم الملك فلو انهدمت الدار أو تلف العبد في مدة

الإجارة انفسخت الإجارة واسترجع الأجرة ولا يؤثر ذلك في البيع لأنهما عقدان فلم يؤثر فساد أحدهما: [١٥٧/ب] في الآخر والوجه الثاني أنه تبطل الإجارة ويرجع بالأجرة كما قلنا إذا ورثها وانفسخت الإجارة، وقال ابن الحداد: إذا اشترى لا يرجع بالأجرة كما قلنا: إذا ورثها لما بقي على البائع لأنه باختياره أبطل الكراء بخلاف ما إذا ورث وشبه هذا بما لو تزوج بجارية أبيه ثم مات الأب بعد قبض مهرها قبل دخوله بها رجع بالمهر الذي دفع لأن بطلان النكاح حصل لا بفعله ولو تزوج أمة أجنبي ثم اشتراها قبل الدخول بها يلزمه نصف المهر كما لو طلق قبل الدخول، فإن قيل: إذا حكم بانفساخ العقد بالملك فهلاّ جعل له الرجوع على البائع بالأجرة؟ قلنا: قال القاضي الطبري: عندي أنه لما اشتراها وهو مستحق لمنفعتها فقد أخذ قسطاً من الثمن فحصل له في مقابلة ما أخذ منه من الأجرة نقصان الثمن فلم يجز أن يرجع بالأجرة وعندي في هذا نظر لأنه يؤدي إلى جهالة الثمن وهي تبطل البيع.

فرع آخر

لو وجد بالدار عيباً فردها وفسخ البيع قال ابن الحداد: إذا لم يرجع بشيء دون الثمن وهذا على أصله أن الإجارة بطلت وسقطت الأجرة والرد بالبيع قطع للملك من حين الرد وإذا قلنا: لا تبطل الإجارة يستوفي المنافع في بقية مدة الإجارة بحكم الإجارة، وقال ابن الحداد: ولو انهدمت الدار بعد الشراء لم يرجع بشيء وهذا على أصله صحيح.

فرع آخر

لو باعها بعدما أجرها من غير المستأجر لا تبطل الإجارة وهل يصح البيع؟ قولان **أحدهما**: يصح البيع ويملكها المشتري مسلوبة المنفعة، فإن كان المشتري عالماً بالإجارة لا خيار له، وإن كان جاهلاً بها له الخيار في فسخ البيع لأن الإجارة تمنعه من استيفاء منافعها والمنافع مقصودة بالبيع وبه قال مالك وهو الأصح وهذا لأن الإجارة عقد على المنفعة والبيع عقد على الرقبة فلم يتنافيا كما لو زوج أمته ثم باعها، **والثاني**: لا يصح البيع لأن يد [١٥٨/أ] المستأجر حائلة بينه وبينها فهو كبيع المغصوب، وقال أبو حنيفة: البيع يتوقف على إجازة المستأجر فإن أجاز جاز وبطلت الإجارة وإن رد البيع بطل وبقيت الإجارة.

فرع آخر

إذا قلنا: يصح البيع فوجد المستأجر بها عيباً ففسخ الإجارة قال ابن الحداد: رجعت المنافع إلى صاحب الرقبة لأن المنفعة تابعة للرقبة وإنما استحقت بعقد الإجارة فإذا زالت الإجارة عادت إليه كما نقول في الأمة المزوجة إذا طلقها زوجها رجع البضع إلى مالك

الرقبة، وقال بعض أصحابنا: هذا غلط بل ترجع المنفعة إلى البائع لأن المشتري ملك الرقبة مسلوبة المنفعة تلك المدة بالبيع فلا يرجع إليه ما لم يملكه ولأن البائع استحق عوضها على المستأجر فإذا سقط العوض عاد المعوض إليه وعلى هذا قال القاضي الطبري: يجوز أن يبيع عيناً وتستثنى منفعتها مدةً وهذا التخريج خلاف مذهب الشافعي وقيل: في هذا وجهان تخريجاً مما قال أصحابنا ها هنا فإذا قلنا: يرجع إلى البائع له أن يحبسها عن المشتري حتى يمضي تمام المدة أو يؤاجرها أو يعيرها بقية المدة وهذا أصح وأظهر.

فرع آخر

إذا استأجر رجل من أبيه داراً ثم مات الأب وله ابنان **أحدهما**: المستأجر قال ابن الحداد: انفسخت الإجارة في نصف الدار الذي ورثه المستأجر ويرجع على أخيه بنصف أجرة ما انتقض من حصته وهذا مبني على ما اختار من بطلان الإجارة بملكه العين فلما ورث النصف انتقض فيه الإجارة وبقيت الإجارة في النصف الذي ورثه أخوه فسقط ما استحقه من الأجرة لأن ذلك يجب عليه ويرجع على أخيه بنصفها، ومن أصحابنا من قال: لا يرجع على أخيه بشيء لأنه لم ينتقض الإجارة في النصف الذي لأخيه، وقال القاضي الطبري: [١٥٨/ب] ما قاله ابن الحداد صح لأن ما استحقه بفسخ الإجارة دين على الأب فيجب أن يكون في تركته وهي بينهما، ومن أصحابنا من قال: لا يصح ما ذكره ابن الحداد لأنه إذا جعل ما انفسخ العقد فيه من الأجرة بينهما فقد ملك المستأجر بميراثه نصف الدار بمنفعته ويرث الآخر نصف الدار المسلوب المنفعة والأولى من هذا أن يقوم نصيب أحدهما: بمنفعته ويقوم نصيب الآخر مسلوب المنفعة ويكون له من التركة ما بين القيمتين ويكون للمستأجر نصف المسمى من التركة.

مسألة: قال: وإنْ تكارى دابةً من مكةَ إلى مرٍ فتعدى بهَا إلى عسفانَ[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا اكترى دابة ثم جاوز بها ذلك الموضع والشافعي صور ذلك في عسفان ومرٍ وعسفان قرية من مكة إليها مرحلتان ومر من مكة إليها أربع فراسخ والكلام فيه في فصلين **أحدهما**: فيما يلزمه من الأجرة، **والثاني**: فيما يلزمه من الضمان فأما الأجرة لما بلغ الموضع الذي استأجره إليه استقرت الأجرة المسماة لأن عدوانه لا يفسخ العقد حتى يسقط المسمى ويلزمه أجر المثل للزيادة لأنه تعدى بها وصار كالغاصب فيها كما لو اكترى

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٤٠٤).

داراً من رجلٍ بعشرة فسكنها شهرين يلزمه للشهر الأول الأجرة المسماة وللشهر الثاني أجرة المثل ويفارق هذا إذا اكترى أرضاً ليزرعها حنطةً فزرعها ما ضرره أكثر من ضرر الحنطة لزمته أجرة المثل للكل في أحد القولين لأنه ابتدأ ها هنا بالتعدي من أول فعله إلى آخره فلا اعتبار بالمسمى ولزمته أجرة المثل وها هنا استوفى المستحق ثم زاد بالتعدي وهذه الزيادة متميزة عن المستحق فلا يؤثر في المسمى بل يلزم ذلك وللزيادة يلزم أجر المثل.

وأما الضمان ينظر، فإن تلفت قبل أن جاوز بها الموضع فلا ضمان لأنها أمانة في يده وإن تلفت بعد مجاوزة الموضع المأذون ينظر، فإن لم تكن [١٥٩/أ] يد صاحبها عليها فقد تعدى بالمجاوزة وضمنها وكان حكمه فيها حكم الغاصب فعليه أكثر ما كانت قيمتها من حين جاوز بها إلى أن تلفت فإن ردها إلى ذلك الموضع المأذون لم يسقط الضمان خلافاً لمحمد وزفر ووافقنا فيه أبو حنيفة وأبو يوسف، فإن كان معها صاحبها فإنها في يد صاحبها ولم تثبت يد الراكب عليها ولا يجب ضمانها باليد وإنما يجب ضمانها عليه بالجناية وهي الركوب إلا أن الركوب إلى الموضع المأذون ليس بجناية لأنه مأذون له فيه وما بعد ذلك جناية فإذا تلفت نظر، فإن تلفت في حالة الاستراحة للعلف والسقي ونحو ذلك فلا ضمان عليه لأنها في يد صاحبها ولا صنعة للمكتري فيها في هذه الحالة وهو كما لو ساق جملاً عليه صاحبه نائم لا يضمنه لأن يد صاحبه عليه وإن تلفت في حال السير ضمن لأن الركوب جناية منه عليها والظاهر أن تلفها من الركوب.

فإن قيل: هلاّ قلتم أن صاحبها لما شاهده راكباً ولم ينكر رضي بسقوط حقه قلنا: السكوت في مثل هذا لا يجعل إذناً كما لو خرّق ثوبه وهو ساكت وإذا ضمنها لا يلزمه كل الضمان وفي مقدار ما يلزمه قولان **أحدهما**: يضمن نصف القيمة لأن تلفها كان بالإعياء في مسافتين مباحة غير مضمونة ومحظورة مضمونة فقسمت القيمة عليها نصفين، **والثاني**: يقسط القيمة على قدر المسافتين في الطول والقصر ويسقط عنه من القيمة قدر ما قابل مسافة الإجارة وأصل هذين القولين الجلاد إذا أمر أن يجلد ثمانين سوطاً فجلده أحداً وثمانين كم يضمن قولان معروفان **أحدهما**: يضمن النصف، **والثاني**: يقسط على عدد السياط، وإن كان نقص قيمتها بالركوب فما قابل المباح منه لم يضمنه وما قابل المحظور منه ضمنه سواء كان صاحبها معها أو لا لأنه ضمان جنايته.

وقال أبو حنيفة: لا تلزم الأجرة لزيادة المسافة بناءً على أصله لا تضمن [١٥٩/ب] المنافع بالغصب، وحكي عن مالك أنه قال: إن جاوز بها إلى مسافةٍ بعيدة مثل أن اكتراها إلى واسط فحملها إلى البصرة فصاحبها بالخيار بين أن يطالبه بأجرة المثل وبين أن يطالبه بقيمتها يوم التعدي لأنه مانع مالكه عن أسواقها وهذا غلط لأن العين باقية بحالها فلا يكون

لصاحبها المطالبة بالقيمة كما لو كانت المسافة قريبة.

فرع

لو اكتراها إلى موضع ذاهباً وجائياً مثل أن قال: احملها إلى مر الظهران وارجع إلى مكة فجاوز بها إلى عسفان، فإن كان الطريق بين مر وعسفان كالطريق بين مكة وبين مرٍ في السهولة والأمن والقدر لم يصر ضامناً بالخروج من مرٍ بل نقول: هو ذا يستوفي ما استحق استيفاؤه في الرجوع إلى مكة فإذا مضى القدر الذي لو رجع إلى مكة وصل إليها انقضى زمان استحقاقه فإن وجد هناك المالك أو وكيله ورد عليه لا يضمن النقص الذي دخله ولا شيء عليه وإن لم يرد فالآن دخل في ضمانه ولا أجرة عليه في الحالين إلى الآن وإنما يلزمه الأجرة بعد هذا لو أمسكه، وإن كان الطريق أخوف أو أكثر حزونة فهو متعدٍ فيما فعل فهو كما لو استأجر بيتاً ليسكنه فأسكنه الحدادين على ما سنذكر إن شاء الله تعالى.

فرع آخر

لو اكترى دابةً ليركبها إلى موضع فركبها إلى موضع آخر من ناحيةٍ أخرى، فإن كان الطريقان في المسافة والحزونة والسهولة واحداً فلا ضمان عليه، وإن كان مخالفاً له في هذا ضمن من حين ابتداء سلوك هذا الطريق.

فرع آخر

لو اكترى دابةً ليحمل عليها مائة مناً قطناً فحمل عليها الحديد أو ليحمل عليها الحديد فحمل القطن فهلكت ضمنها وكم يضمن الأجرة؟ فيه قولان **أحدهما**: أجرة المثل عن الكل ويسقط المسمى لأن التعدي لا يتميز وهو الأصح، **والثاني**: يستقر المسمى ويجب أجر المثل في الزيادة كما قلنا في التعدي في المسافة.

مسألة: قال: [١٦٠/أ] ولهُ أن يؤاجر دارَهُ وعبدَهُ ثلاثين سنة[١].

الفصل

وهذا كما قال: قد ذكرنا فيما تقدم أن الأصح جواز الإجارة وإن طالت المدة بعدها يكون الغالب بقاء الشيء المستأجر فيها حتى لو كانت أرضاً تجوز ألف سنةٍ أو أكثر، وإن كانت داراً روعي فيها مدة يبقى فيها بناؤها في الغالب، وقال في كتاب المزارعة ولو أكرى

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٤٠٥/٧).

الأرض عشر سنين بمائة لم يجز حتى يسمى لكل سنة شيئاً معلوماً، وقال أبو إسحاق: للشافعي قول آخر لا يجوز إلا سنةً واحدة ونقله القاضي أبو حامد عن الشافعي ولم يبين الموضع الذي قال فيه هذا القول والظاهر أنه هو الذي قال في كتاب المزارعة: ولا يجوز الكراء إلا على سنةٍ معروفةٍ وقيل: نص عليه في موضعٍ من الإجارات، وقال في الدعوى والبينات: يجوز ما شاء فخرج من هذا إنها على قولين **أحدهما**: لا يجوز أكثر من سنة لأن الإجارة غرر وجوزت للحاجة والضرورة والحاجة لا تدعو إلى أكثر من سنةٍ لأن في سنةٍ واحدة يتكامل منافع جميع الأشياء فلا تجوز الزيادة عليها، **والثاني**: تجوز أكثر من سنة فإذا قلنا بهذا فالمذهب أنه لا يتقدر بثلاثين سنة وقول الشافعي ثلاثين سنة لم يقصد به التحديد بل أراد أن يبين أنها تجوز سنين كثيرة وهذا كما قال في كتاب المزارعة: ولو أكرى الأرض عشر سنين ولم يقصد به التحديد.

ومن أصحابنا من قال: تتقدر بثلاثين سنة لأن هذه المدة نصف العمر والأشياء تتغير في أكثر منها فحصل ثلاثة أقوال **أحدها**: سنة، **والثاني**: ثلاثون سنة، **والثالث**: ما شاء على حسب بقاء الشيء وقيل: فيه قولان وقوله ثلاثين سنة ليس بقول آخر وتأويله ما ذكرنا، وحكي عن مالكٍ أنه قال: تجوز الإجارة إلى خمس سنين أو ست سنين ولا تجوز الزيادة عليها.

فرع آخر

إذا قلنا: لا تجوز أكثر من سنةٍ لا يجب أن يبين قسط كل شهر من الأجرة قولاً واحداً وإذا قلنا: يجوز أكثر من سنة هل يحتاج إلى بيان القسط كل سنةٍ من الأجرة [١٦٠/ب] قولان **أحدهما**: لا يحتاج كما قلنا في الشهور، **والثاني**: يلزم بيان ذلك كما قال في المزارعة وهذا اختيار أبي حامد وهذا لترددها بين السلامة والعطب وأجور السنين تختلف في الغالب فيتعذر معرفة القسط والشهور تتماثل غالباً فلا يلزم التقسيط هناك وهذا أصح وهو كما لا يجب بيان ما يخص كل عين من الثمن إذا جمعت الصفقة أعياناً كثيرة والفتوى على هذا والاحتياط أن يذكر القسط وأن لا تزيد الإجارة على ثلاث سنين خاصةً في الأوقات فإن قسط وسلم العقد حتى انتهت المدة فلا كلام وإن بطل العقد بهلاك المكرى أو بغير ذلك كان التقسيط على ما شرطه في العقد وهكذا إذا ذكر قسط كل شهرٍ وإذا قلنا: لا يجوز أكثر من سنة فأجر ثلاث سنين فسدت الإجارة فيما زاد على السنة وفي مقدار السنة قولان بناءً على تفريق الصفقة فإذا قلنا: يجوز هل يجوز بجميع الأجرة أو بحصتها؟ قولان.

فرع آخر

إذا اكترى شيئاً جاز له أن يكريه في الجملة لأنه ملك منافعها بعقد معاوضة فجاز له أن ينقلها إلى غيره ثم ينظر، فإن كان قد قبض الدار المكتراة جاز أن يكريها ممن شاء لأنه قبض المعقود عليه، وإن لم يكن قبض الدار نظر، فإن أكراها من غير المكري المذهب أنه لا يجوز لأنه ملك المنفعة بغير معاوضة فلا يجوز التصرف فيها قبل القبض كالبيع وبهذا قال أبو حنيفة، وقال ابن سريج: فيه وجه آخر أنه يجوز لأنه لا أثر لقبض الدار في المنافع لأنه لو قبضها ثم انهدمت كان تلفها من ضمان المكري كما لو تلفت قبل قبض الدار فلا يقف جواز التصرف في المنافع على قبض الدار وهذا لا يصح لأن للقبض فيها تأثير فإن المنافع لو تلفت بعد قبض المستأجر الدار كانت من ضمانه ويتقرر عليه الأجرة بمضي الزمان وقيل: هذان الوجهان مبنيان على الوجهين أن الإجارة تناولت العين لا تجوز إجارتها قبل القبض وإن قلنا: لاستيفاء المنفعة منها أو تناولت المنفعة فإن قلنا: تناولت العين [١٦١/أ] لا تجوز إجارتها قبل القبض وإن قلنا: تتناول المنفعة تجوز إجارتها قبل القبض وإن أكراها من المكري فإن قلنا: يجوز من غير المكري فلا يجوز من المكري أولى وإن قلنا هناك: لا يجوز فيها هنا وجهان ذكرهما أبو حامد **أحدهما**: يجوز ها هنا، والفرق أن الدار مقبوضة له فجاز إجارتها منه بخلاف غيره وهو كبيع المبيع قبل القبض يجوز من البائع في أحد الوجهين ولا يجوز من غيره وجهاً واحداً.

فرع آخر

لا يجوز أن يؤاجره داراً على أن يسكنها بل يقول ليسكنها ولا يجوز أن يقول: وحدك ذكره بعض أصحابنا وعلى هذا لو قال: أجرتك هذه الأرض على أن تغرس ولا تزرع لا يجوز.

فرع آخر

قد ذكرنا أنه يجوز أن يؤاجرها المستأجر من مؤجرها بعد القبض وهو المنصوص، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان **أحدهما**: هذا، **والثاني**: لا يجوز، وقال أبو حنيفة: لأنه يؤدي إلى أن يملك منفعة ملكه لا بحكم ملكه الأصل بل حكم الإجارة وهذا محال كما لا يجوز أن يتزوج بأمته ولأنه يؤدي إلى أن يكون الضمان في تلك المنافع له وعليه في حالةٍ واحدةٍ لأن الدار لا تخرج عن ضمان الأجر بالتسليم بل بانقضاء المدة يزول عنه الضمان وقيل: هذان الوجهان مبنيان على الوجهين في منافع هل تحدث على ملك المؤجر وعلى ملك المستأجر فإن قلنا: تحدث على ملك المؤجر لم يجز وإن قلنا بالآخر

يجوز وأشار الشافعي إلى هذا في كتاب الرهن.

فرع آخر

يجوز له أن يؤاجر بما شاء من الأجرة زاد على الأجرة الأولى أو نقص عنها، وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يؤاجرها بزيادة إلا أن يكون أحدث فيها عمارة فيجوز بالزيادة لتكون الزيادة بمقابلة العمارة ولو أجر بأكثر قبل العمارة لا تطيب له الزيادة فتصدق بها وهذا غلط لأن من ملك كراء الدار لنفسه لم ينحصر عليه مقدار الكراء كما أحدث فيها عمارة.

فرع آخر

خيار المجلس هل يثبت في الإجارة؟ قد ذكرنا وجهين فإذا قلنا: يثبت [١٦١/ب] فأجرها المؤاجر من غيره في المجلس تصح الإجارة الثانية وكانت فسخاً للأولى، ومن أصحابنا من قال: تنفسخ الأوّلة ولا تصح الثانية لئلا يصير الفعل الواحد فسخاً وعقداً لتنافيهما والمذهب الأول لأن استقرار العقد الثاني يوجب فسخ الأول بالتأهب للثاني وإذا قلنا: لا يثبت فيه خيار المجلس فأجرها المؤجر لا يجوز بلا خلاف.

فرع آخر

لو أكرى داره سنةً ثم أكراها سنة أخرى بعد هذه السنة من غير المكتري لا يجوز قولاً واحداً وهكذا لو كان في شعبان فقال لرجل: أجرتك هذه الدار من أول رمضان لم يجز، وقال أبو حنيفة: يجوز وهذا غلط لأنه عقد معاوضة على معين شرط فيه تأخير التسليم فلم يجز كما لو باع عيناً على أن يسلمها بعد أيامٍ.

فرع آخر

لو أكراها ثانياً من المكتري قبل مضي المدة للأولى نص الشافعي على جوازه لأن اليد له وسكناه في السنتين متصلة وقيل: نص عليه في الرهن الكبير، ومن أصحابنا من قال: فيه قول آخر لا يجوز كما لا يجوز من غيره وهذا غلط والفرق ظاهر وقيل: في المسألة قولان والأقيس أنه لا يجوز ونظير هذه المسألة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مطلقاً من غير مالك النخلة لا يجوز ومن مالك النخلة وجهان.

فرع آخر

لو استأجر داراً سنة بغير عينها أو شهراً بغير عينه لم يجز حتى تكون السنة معلومة والشهر معلوماً وهو أن يقول: أجرتك من هذا الوقت شهراً أو سنةً ولو قال: بعتك قفيزاً من

هذا الصبرة جاز، والفرق أنه لو قال: بعتك قفيزاً من قفزان هذه الصبرة جاز ولو قال: أجرتك شهراً من شهور هذه السنة لم يجز.

فرع آخر

لو أجر نصف داره أو كانت بينه وبين شريكه فأجر نصيبه منها صحت الإجارة وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: يجوز مع الشريك ولا يجوز مع غيره، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز أصلاً، وروي عنهما مثل قولنا وهذا غلط قياساً [١٦٢/أ] على ما لو أجره من شريكه.

فرع آخر

يجوز أن يؤجر داراً لمنفعة دارٍ أخرى، وقال أبو حنيفة: لا يجوز بناءً على أصله أن الجنس الواحد بانفراده محرم النَّساء وهذا غلط لأنهما منفعتان يجوز إجارتهما فجاز استئجار إحداهما بالأخرى كمنفعة الدار والعبد.

فرع آخر

إذا أجر جميع داره من رجلين بعقدٍ واحدٍ يجوز ويملك كل واحدٍ منهما نصف السكنى مشاعاً فيسكنان جميعاً كالمالكين.

فرع آخر

إذا أجر داره يلزمه تسليم المفتاح إلى المستأجر لأنه من التمكين من منافعها فإن ضاع المفتاح فعليه البدل لأنه بمنزلة الآلة ولو انكسر شيء من آلة الدار أو انقلع يلزمه الإبدال كذلك هذا ولا نعني باللزوم أنه يجبر عليه بل نعني به أنه إذا لم يفعل يثبت للمكتري الخيار إذا كان ذلك ينقص من الانتفاع وإنما لم يلزم الإبدال لأنه لو أجر خشبةً واحدةً فانكسرت لا يلزمه إبدالها فكذلك الخشبة في الدار فأما إذا لم يحتج إلى الإبدال بل يحتاج إلى الإصلاح بأن يعمد بعماد ونحو ذلك يلزمه ذلك ذكره القفال وهو الصحيح.

فرع آخر

إذا أعتق العبد المؤجر وبقيت الإجارة وقلنا: لا يرجع على السيد بشيء ففي نفقته وجهان **أحدهما**: على سيده استبقاء لما تقدم من حكم الإجارة والنفقة، **والثاني**: في بيت المال من سهم المصالح لأن ذلك من جملتها ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

لو أجر داراً ثم وقفها صح الوقف والإجارة بحالها ولا يرجع من وقفت عليه بشيء من أجرة مدة الإجارة قولاً واحداً واختص الوقف بها إلى انقضاء المدة لأن الوقف مقصور الحكم على شروط واقفه بخلاف العتق.

فرع آخر

لو أجر عبده ثم كاتبه بطلت الكتابة لأنه لا يملك بها منافع نفسه لما تقدم من إجارته.

فرع آخر

لو استأجر داراً فوجد ماء بئرها متغيراً قال أبو حنيفة: إن استطيع الوضوء به لا خيار وعندنا إن خالف [١٦٢/ب] مقصود آبار تلك الناحية له الخيار، وإن كان معهوده الشرب من آبارهم وتغيره يمنع من شربه فله الخيار وإن أمكن الوضوء به، وإن كان معهودهم أن لا يشرب منها فلا خيار إلا أن يستطاع الوضوء منها.

فرع آخر

لو نقص ماء البئر، فإن كان معهوداً في وقته فلا خيار، وإن كان غير معهودٍ في ذلك الوقت، فإن كان معه نقصانه كافياً لما يحتاج إليه المستأجر من شرب أو طهورٍ لا خيار، وإن كان مقصراً فله الخيار.

فرع آخر

إذا تغير ماء الرحا لا خيار لأنه لا يؤثر في عمله ولو نقص فله الخيار إلا أن يكون معهوداً في وقته فلا خيار فيه.

باب كراء الإبل

مسألة: قال: وكراءُ الإبلِ جائز للمحامل والزوامل[١].

الفصل

وهذا كما قال: كراء الإبل والبهائم جائز بدليل قوله تعالى: **﴿ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم﴾** قال ابن عباس رضي الله عنه: ابتغاء الفضل الحج وإكراء الجمال

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٤١٠).

لأن الحاجة داعية إلى إجازتها كسائر الأشياء فجاز إجارتها، فإذا تقرر هذا فالبهائم تكترى لأحد ثلاثة أشياء للركوب والحمل والعمل لأن كل ذلك منفعةً معقولة من عين معروفة فإذا اكترى بها للركوب لا بد من أن تكون البهيمة معلوفة إما بالمشاهدة أو الصفة فإن شاهدها جاز وإن وصفها فلا بد من ثلاثة أشياء ذكر الجنس إبلاً أو خيل أو بغل أو حمار وذكر النوع فيصف أنواع الإبل من عراب أو بخاتي وفي الخيل يذكر العربي وغيره وذكر الصفة وهي ذكورته وأنوثته لأن الأنثى أوطأ سيراً وأسهل مشياً والذكر أحسن سيراً والأغراض تختلف بجميع ما ذكرنا.

وقال في «الحاوي»: لو ذكر له جنس المركوب ولم يذكر نوعه ولا صفته جاز لأن تأثير ذلك في القيم وهذا غريب وينظر الجمال إلى الراكب حتى يصير معلوماً واحداً [١٦٣/أ] كان أو اثنين ولا يمكن معرفة الراكب بالصفة فتحتاج إلى المشاهدة، وقال القفال: إن ذكر راكباً وزنه كذا جاز وحكى أصحاب مالك عنه أنه يجوز الإطلاق في ذلك لأن أجسام الناس متقاربة في الغالب وهذا لا يصح لأن الرجال يختلفون في الطول والثقل ويتفاوتون تفاوتاً متبايناً فلا يجوز الإطلاق ثم إن كان يركب من غير شيء لا يحتاج إلى ذكر ما يركب عليه ويركبه المكري على قتبٍ أو زاملةٍ أو سرجٍ أو ما شاء والزاملة أن يُشدّ عليه المتاع والزاد والماء ثم يركب فوقه من غير محملٍ، وإن كان يركب على محمل أو عمارية أو غير ذلك فلا بد من أن يكون معلوماً وإنما يصير معلوماً بالمشاهدة فأما بالصفة فلا يمكن ضبطها لأنها تختلف وتتباين.

وقال ابن أبي هريرة: يصير معلوماً بالصفة ويصح العقد عليه، وقال أبو إسحاق: لا يمكن ضبط المحامل الخراسانية الثقال فأما البغدادية الخفاف يمكن ضبطها لأنها لا تتفاوت تفاوتاً كثيراً وكذلك محامل خوارزم وهذا لا يصح لأن الكل يختلف ولا يمكن ضبطها هكذا ذكره أبو حامد واختار القفال ما ذكره أبو إسحاق وحصل ثلاثة أوجه ولا بد من أن يذكر مكشوفاً أو مغطى فإن ذكر مغطى فالأحوط أن يذكر ما يغطى به فإن لم يذكر ذلك جاز وغطاه على ما جرت به العادة من اللبد أو النطع وهذا لأنه لا يختلف اختلافاً متبايناً بل يتقارب ذلك وإن شرط شيئاً من هذا تعين ما شرطه.

ومن أصحابنا من قال: يحتاج إلى مشاهدة الغطاء وطرف المحمل والظل أيضاً وهو ظاهر المختصر لأن ذلك يختلف والظلل التي يستظل بها ربما تكون مضاعفة فتثقل وربما لا تكون مضاعفة فتخف وينظر أيضاً إلى قدر ارتفاع الظل الذي على الكنيسة فإنه كلما ارتفع كان أضر بالحمل وكلام القاضي الطبري يدل على هذا وهذا أصح عندي [١٦٣/ب]، ومن أصحابنا من خرج قولاً آخر أنه لا يحتاج إلى مشاهدة المحمل .... أيضاً لأنه يتبع

الراكب والحمل فيكفي كون المتبوع معلوماً وهذا ليس بشيء قال أصحابنا: ولو ذكر محملاً أو مركباً أو زاملةً واستقصى في الوصف حتى تصير الصفة معلومةً قامت الصفة المحيطة بالموصوف مقام المعاينة وكذا حكم الظروف لأن القصد من المشاهدة أن يصير معلوماً وأما المعاليق وهي السفرة والسطيحة . . . . والكساء والزلية والزنبيل ونحو ذلك قال الشافعي: القياس أنه لا بد من معرفتها يعني رؤيتها ومشاهدتها ولو قيل: يجوز إطلاقها ويحمل على العادة فيها جاز فاختلف أصحابنا فيه على طريقين فمنهم من قال: لابد من مشاهدتها وهو اختيار أبي حامد لأنها تختلف وتتباين فربما كثر وربما قل وذاك الآخر حكاية مذهب مالك ولهذا ذكر أن القياس هذا ولا يجوز على قوله ترك القياس إلى الاستحسان.

وقال غيره: في المسألة قولان **أحدهما**: ما ذكرنا، **والثاني**: يجوز ويحمل على العرف في مثله قدر ما يراه الناس وسطاً والصحيح الأول ولو أركبه حطماً وهو المنكسر أو فحماً وهو الهرم أو ضرعاً وهو الضعيف الصغير له الرد وأما صفة مشيه، فإن كان مما لا يختلف مشي جنسه كالبغال والحمير والإبل لم يحتج إلى ذكره، وإن كان مما يختلف كالخيل وصف مشي المركوب من مهملجٍ أو قطوفٍ فإن أخل بذلك فيه وجهان **أحدهما**: يصح وركب الأغلب من خيل الناس، **والثاني**: يبطل لما فيه من التباين واختلاف الأغراض ولو أكرى حمولة لا يحتاج إلى ذكر جنس البهيمة لأنه لا غرض فيه وإنما الغرض تحصيل الحمولة في ذلك الموضع فعلى أي وجه حصلها جاز ويخالف إذا اكتراها للركوب فإن الغرض يختلف فيما يركبه الإنسان فلم يكن بد من أن يكون المركوب معلوماً و [١٦٤/أ] الحمولة بضم الحاء الأحمال واحدها حمل والحمولة بفتح الحاء الإبل العظام الأجسام التي يحمل عليها قال الله تعالى: ﴿**ومن الأنعام حَمولةً وفرشاً**﴾ والفرش الصغار ولا بد ها هنا من ذكر وزن الحمولة وجنسه فإنه يختلف ضرورةً فيختص الجديد بالضرر لاجتماع ثقله من موضعٍ واحدٍ ويختص ضرر القطن بتجافيه وأخذه الجميع بدن الجمل وغير ذلك فلا بد من بيانه لأجل ذلك أو يذكر الكيل إن لم يذكر الوزن، وقال بعض أصحابنا: إن ذكر وزنه ولم يذكر جنسه جاز وكان المكري رضي بأعظم الأمتعة ضرراً ولكن رآها المكري جاز وإن رآه المكري في وعاء ولم يعرف وزنه فرفعه بيده هكذا ليعرف قدر ثقله على التقارب جاز وإن لم يعرف جنسه لأن قصده معرفة الثقل والخفة لا الجنس وإن لم يعرفه بيده ولكن رآه في وعاء مملوءاً لم يجز لأنه قد يملأ حديداً وقد يملأ تبناً وفيه قول آخر لا تكفي المشاهدة حتى يكون معلوم القدر والوزن وعندهما مع المشاهدة تخريجاً من رأس المال في السلم هل يجوز أن يكون جزافاً أم لا لأن عقد الإجارة لا ينبرم كالسلم بخلاف البيع ذكره في «الحاوي».

فرع

الوعاء الذي يحمل فيه من الجوالق إن ذكر وزنه مع الوعاء لا يحتاج إلى ذكر الوعاء لأنه دخل في جملة الوزن وإن قال: تحمل لي كذا وكذا في وعائه فلا بد من أن يكون الوعاء معلوماً ولا يمكن معرفته إلا بالمشاهدة فأما بالصفة فلا لأنه يختلف قال الشافعي: إلا أن يكون من غرائر الجبل التي لا تختلف فتحمل على ذلك إذا قال من غرائر الجبل فإنها تنسج على منوال واحد لا تختلف وإذا وصف بحيث لا يتفاوت [١٦٤/ب] في المتفاوت فالحكم على ما ذكرت في المحمل.

فرع آخر

إذا اكتراها ليحمل تبناً لا يجوز حمل الحديد بوزنه كذلك على العكس لما ذكرنا ولكن لو حمل مكان التبن صوفاً أو مكان الحديد رصاصاً أو مكان الحنطة شعيراً فلا بأس به لأنه يتقارب.

فرع آخر

إذا اكترى بهيمةً للركوب لا بد من أن يبين أنه يركبها على الأكاف والسرج أو فوق الزاملة فإن ذلك تتفاوت ويختلف الغرض فيه وتختلف الأجرة بذلك في العادة.

فرع آخر

إذا اكتراها للسقي يحتاج أن يذكر جنس البهيمة فيقول: ثوراً أو بغلاً أو بعيراً لأنه يختلف فيحتاج إلى أن يكون الدولاب الذي استأجره لأجله معلوماً لأن الدواليب تختلف بالكبر والصغر وتحتاج أن يقدر ذلك بمدةٍ معلومة لأن تقدير العمل فيه لا يمكن.

فرع آخر

لو اكتراه للحرث يحتاج أن يذكر الجنس أيضاً لأنه يختلف ويذكر الأرض التي يعمل عليها لأنها تختلف بالصلابة والرخاوة ويقدر ذلك بالعمل فيقول: استأجرتك لتحرث هذه الأرض أو عشرة أجربة أو خمسة وإن لم يشاهدها ولا يقدر ذلك بمدة فإن قدر بمدةً بطل ولو اكتراه شهراً للركب أو الحرث جاز وإن لم يذكر مقدار الأرض، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز تقديره بالمدة وليس بمشهورٍ وهكذا إذا اكترى شهراً للركوب أو الحمل عليها على ما ذكرنا جاز وإن لم يذكر المسافة وإن ذكر المسافة فلا ينبغي أن يذكر المدة لأنه إذا جمع في العقد بينهما كثر القدر.

فرع آخر

لو استأجر ظهراً للدياس لا بد من معرفة الجنس لأن العمل يختلف به ولو عين الزرع لم يفتقر إلى تعيين الحيوان الذي يداس به ولأنه لا غرض في تعيينه، وإن كان إلى مدةٍ لم يجز [١٦٥/أ] إلا بالتعيين لأن العمل يختلف باختلافه.

فرع آخر

لو اكتراها ليركبها بسرج فضرب عليها أكافاً لم يجز لأن السرج أخف عليها ولو أبدل الأكاف بالسرج قال القفال: ولو اكتراها لحمل متاعٍ فأبدل السرج بالأكاف يجوز إذا لم يكن أثقل من السرج ولو أبدل الأكاف بالسرج لم يجز وفي هذا نظر عندي.

فرع

إذا اكتراها ليركبها قال الشافعي: له أن يركبها بنفسه وله أن يركب من هو في مثل حاله وليس له أن يركبها من هو أثقل منه، وقال أبو حنيفة: ليس له أن يركبها غيره كما لو اكترى دابة ليس للمكري أن يبدلها بغيره وهذا غلط، والفرق أن المكتري قد ملك استيفاء المنافع فله أن يستوفي بنفسه وبغيره وليس كذلك المكري لأن المكتري قد ملك عليه المنفعة المكتراة ومن ملك عليه غيره شيئاً لم يكن له إبداله كما لو اشترى عبداً ليس له إبداله.

فرع آخر

إذا اكتراها للركوب فكل ما كان للتمكين من الركوب فهو على المكري وكل ما كان للتوطئة والتمهيد فعلى المكتري فالخطام والمقود والقتب أو السرج أو الأكاف أو الإكاف أو الحوية والبرذعة والبرة وهي التي تكون في أنف الجمل كلها على المكري لأنه لا يتمكن من الركوب إلا بها فكل ذلك عليه وهذا لأنه لا يستوي السرج والأكاف على الظهر إلا بالبردعة ونحوها والمحمل والكنيسة وما يفرش فيهما والحبل الذي يشد به أحد المحملين إلى الآخر على المكتري.

فرع آخر

الأعمال على من تكون؟ ينظر فإن كانت رفع المحمل وحطه وشده على الجمل ورفع الأحمال وحطها فكلها على المكري، وإن كانت شد أحد المحملين بالآخر فيه وجهان **أحدهما**: يجب على المكري لأنه للتمكين من الركوب فهو كحطه ورفعه، **والثاني**: أنه على المكتري [١٦٥/ب] لأنه من تمام آلته وما يوطأ به الركوب لنفسه.

فرع آخر

أجرة الدليل والسائق والقائد ينظر فيها، فإن كان اكترى بهيمةً بعينها فليس عليه غيرها وتجب أجرتهم على المكتري، وإن كان اكترى منه الركوب أو الحمولة في الذمة كان على المكتري حمله إلى الموضع المشروط وأجرة هؤلاء على المكري دون المكتري.

فرع آخر

إذا استأجر رجلاً ليصطاد له شهراً بدينار صح وإذا اصطاد شيئاً كان للمكتري ذكره ابن سريج.

فرع آخر

إذا جوّزنا الاستئجار للاصطياد يحتاج إلى ثلاثة شروط ذكر جنس الجارح من فهدٍ أو نمرٍ أو كلب أو بازي أو صقرٍ ولو عيّن الجارح بالعقد كان أولى وإن لم يعيّن جاز بعد وصفه بالتعليم، **والثاني**: ذكر ما يرسل عليه من الصيد من غزال أو ثعلب أو حمار وحشٍ لأن لكل صيد من ذلك في أتعاب الجارح أثراً، **والثالث**: أن يكون العمل معلوم القدر ولا يعلم ذلك إلا بتقدير الزمان.

فرع آخر

لو شرط إرساله على جنسٍ فأرسله على غيره جاز إذا كان مثله أو أقرب، وإن كان أصعب صار متعدياً وضمن الخارج إن هلك.

مسألة: قال: وإنِ اكترى إلى مكةَ فشرطَ سيراً معلوماً فهو أصح[1].

وهذا كما قال: إذا شرط في الطريق سيراً معلوماً كل يوم كان أولى وأصح وأبعد من أن يتنازعا في مقدار السير وإن لم يشترط قال الشافعي: الذي أحفظ أن السير معلوم على المراحل لأنها الأغلب من سير الناس قال أصحابنا: إذا كان الطريق آمناً جاز تقدير السير فيها في كل يوم ووجب الوفاء به وأيهما أراد المجاوزة أو التقصير عنه لم يكن له فإن قال أحدهما: إني أقيم هذا اليوم ها هنا وأسير غداً وأطوي مقدار ما أقمت لم يكن له وإن أطلقا ذلك، فإن كانت منازل الناس فيه معلومة حمل عليهما كما يحمل مطلق البيع على النقد المعروف، وإن كان الطريق مخوفاً لم يجز شرطه لأن السير ليس إلى اختيارهما.

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٤١٥).

وقال أبو إسحاق: هذا الذي ذكره الشافعي إنما [١٦٦/أ] قال في وقتٍ كان للناس عرف وعادة يسيرون فيها ولا يجاوزون فأما اليوم فلا عرف ولا عادة فإن ذكر قدر السير كل يوم جاز وإن لم يذكر بطل، وقال أبو حامد: لا يحل أن يشترط السير الذي في وقتنا هذا لأن فيه حملاً على البهائم ولو شرط سير هذه العادة بطل العقد.

فرع

لو تراضيا على المجاوزة عن المرحلة المعتادة كان ذلك لهما إذا كانت المجاوزة لا تعنف الدابة عنفاً يضر بها فيكون ذلك ممنوعاً بالشريعة ولا يجوز تحميلها ما لا طاقة لها بذلك.

فرع آخر

زمان السير هل يكون ليلاً أو نهاراً؟ ينظر فإن كان للطريق عرف وعادة حمل الإطلاق عليه وإن شرط فيه حمل على الشرط وإن أطلقا ولا عرف في زمان السير بطل.

فرع آخر

موضع النزول أين يكون؟ فإن كان له عرف حمل عليه، وإن لم يكن له عرف غالب فتارة ينزلون في جوف البلد وتارةً ينزلون خارجاً كان ذكره موضع النزول شرطاً ومتى اختلف إلى موضع النزول فقال المكتري: جوف البلد أصون لمالي، وقال المكري: خارج البلد أحوط لبهائمي قال المزني في «الجامع الكبير»: قدمنا قول من العرف معه، وإن لم يكن عرف فلا بد من الشرط فيحملان عليه على ما ذكرنا.

مسألة: قال: فإنْ تكارى إبلاً بأعيانِها ركبَهَا[1].

الفصل

وهذا كما قال: لا بد من أن يكون المركوب الذي استأجره للركوب معلوماً ويصير معلوماً بالمشاهدة أو بالصفة على ما ذكرنا فإن اكتراها ولم يرها فيه قولان **أحدهما**: لا يجوز، **والثاني**: يجوز ويثبت خيار الرؤية وبه قال أبو حنيفة ثم إذا اكتراها بعينها، فإن كانت سليمة ركبها وإن وجدها خشنة المشي لم يكن له الرد لأن ذلك ليس بعيب وإن وجد بها عيباً بأن تعثُر في مشيها أو لا تبصر بالليل فهو بالخيار بين الإمساك مع العيب وبين الرد وفسخ

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٤١٧/٧).

العقد وليس له أن يبدلها بغيرها وإن ماتت بطلت الإجارة وإن أفلس المكري فالمكتري أحق بعين الدابة [١٦٦/ب] من الغرماء فلا يباع في الدين ما لم يعمل في الإجارة على قولنا: لا يباع المكري وإن اكتراها موصوفة وهو أن يحمله على جملٍ يحمله من غير ضررٍ لا يكون فتياً شرساً نفوراً ولا مسناً قحماً أو يقول: اكتريت منك جملاً تحملني عليه إلى بلد كذا أو تحمل هذه الحمولة إلى بلد كذا ولا يزيد على هذا يجوز لأنه لا حاجة إلى المستأجر إلا إلى قوته وصحته ومطلق العقد يقتضي الصحة وقوله: تحملني اشتراط القوة فإن شرطا أجلاً فيه جاز وإن أطلقا فهو سلم حالٍ على ما سنبين إن شاء الله تعالى فها هنا إن ماتت أو وجد بها عيباً يلزمه بدلها وإن فلّس فالمكتري يساوي الغرماء، والفرق أن هناك تعلق العقد بعينه فلا يجوز الإبدال وها هنا تعلق بالذمة فيجوز الإبدال وهذا كما في بيع العين لا يجوز الاستبدال عن المبيع ويجوز في السلم إذا أخذه معيباً الرد والإبدال.

مسألة: قال: وعليهِ أنْ يُركبَ المرأةُ وينزلها عنْ البعيرِ باركاً[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا اكترت المرأة جملاً يلزم على الجمّال أن يُنيخه لركوبها ونزولها وكذلك إن كان المكتري رجلاً وكان شيخاً ضعيفاً أو مريضاً لا يقدر على ركوبه ونزوله وهو قائم يلزمه أن يُنيخه وكان في معنى المرأة في ذلك لأن هذا هو العادة للضعف بهن وبهم ولأن المرأة عورة فربما تنكشف عند الركوب والنزول قائماً، وإن كان الرجل قوياً باطشاً يقدر على الركوب والنزول قائماً يضع رجله على عنق البعير ويركب ولا يلزم المكري إناخته وإن احتاج إلى معاون يرفع رجله فعليّ المكري معاونته.

وقال أبو إسحاق: فإن كان قوياً عند العقد ضعيفاً عند الركوب لمرض كان حكمه حكم المريض، وإن كان مريضاً عند العقد ثم برئ كان حكمه حكم الصحيح القوي اعتباراً بحال الركوب لا بحال وجود الإجارة وأما النزول للرواح طرفي النهار في طريق مكة نظر، فإن شرط في العقد شيئاً معلوماً جاز ويلزم على ما شرط [١٦٧/أ] وجرى ذلك مجرى أوقات الاستراحة، وإن كان مطلقاً وللناس عرف في ذلك هل يلزمه النزول له إذا كان قادراً على المشي؟ وجهان **أحدهما**: يلزمه ذلك اعتباراً بالعرف، **والثاني**: لا يلزمه ذلك تغليباً لحكم العقد كما في الأحمال لا يلزمه حملها في بعض الطريق.

وإن كان امرأةً أو رجلاً مريضاً لا يلزمه النزول وأما ما يعمله الراكب كل ما أمكنه

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٤١٧).

عمله على البعير فعليه أن يعمله عليه كالأكل والشرب واللباس وصلاة النافلة وكل ما لا يمكنه فعله على البعير فعليه أن يقف له البعير حتى ينزل لذلك العمل وهو النزول لحاجة الإنسان والطهارة وصلاة الفرض وإذا نزل للصلاة كان له أن يصلي تامةً قصيرةً وليس له التطويل ولا عليه التخفيف لأنه هو القصد وينتظره حتى يفرغ منها ولو قال له المكري: لا تطوّل صلاتك واقتصر فيها على قوله: ﴿قل هو الله أحد﴾ لا يقبل منه ذلك وهكذا لو أراد المكتري أن يطوّل القراءة ويسبح تسبيحات كثيرة ليس له ذلك وله أن ينزل في أول وقت الصلاة لإدراك فضيلة أول الوقت وله أن يصلي كل صلاة في وقتها وليس للجمال أن يطالبه بالتأخير للجمع أو التقديم للجمع لأن الجمع رخصةٌ والأفضل أن يصلي فعل كل صلاة في وقتها.

مسألة: قال: ولا يجوزُ أنْ يتكارَى بعيراً بعينِهِ إلى أجلٍ معلومٍ إلا عند خروجه[1].

الفصل

وهذا كما قال: الإجارة على ضربين إجارة بهيمةٍ بعينها أو عمل رجلٍ بعينه وإجارة في الذمة فإن استأجر بهيمةً بعينها أو عمل رجل بعينه فشرط مسافة معلومة لم يجز شرط تأخير التسليم فيها بأن يقول: اكتريتها لأركبها إلى موضع كذا أو في يوم كذا أو اكتريتك لتخرج إلى موضع كذا غداً خلافاً لأبي حنيفة وإن أطلقا العقد في الذمة جاز ووجب التسليم في الحال، فإن كان العقد مطلقاً وأخّر التسليم لم يضره كما لو باع سلعةً بعينها وأخّر تسليمها وإن استأجر [١٦٧/ب] في الذمة بأن يقول: استأجرت منك جملاً لأركبه إلى مكة تسلمه إليّ بعد شهرين أو في يوم كذا أو قال: أركبه شهراً أوله يوم كذا أو أستأجر رجلاً على عمل مضمون في الذمة ولم يشترط عليه عمله وشرط الأجل فإن ذلك كله جائز لأن الإجارة صنف من البيوع فإذا تعلق بالعين لم يجز شرط الأجل وإذا تعلق بالذمة جاز شرط الأجل ويكون سلماً في المنافع نص في «البويطي» عليه، وقال: إنه سلف في المنافع قال أصحابنا: فإن استأجره بلفظ السلم مثل أن يقول: أسلمت إليك في ركوب جملٍ أو ظهرٍ من صفته كذا إلى موضع كذا أو في مدة كذا تسلمه إليّ في وقت كذا فإن ذلك جائز وعلى هذا يجب قبض الأجرة في المجلس وإن عقداه بلفظ الإجارة فهل يجب قبض الأجرة في المجلس وجهان **أحدهما**: يجب تسليم الأجرة في المجلس، **والثاني**: لا يجب وهذا مبني على اختلاف أصحابنا في أن الاعتبار باللفظ أو بالمعنى فإن قلنا: الاعتبار باللفظ لم يجب تسليم الأجرة

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٤١٨).

في المجلس لأنه عقد بلفظ الإجارة دون لفظ السلم وإن قلنا: الاعتبار بالمعنى دون اللفظ فإن معناه معنى السلم فوجب تسليم الأجرة في المجلس.

وقال القاضي الطبري: نص الشافعي في «البويطي» على أنه سلف ثم قال: ولا يجوز أن ينقده بعض الكراء حتى ينقده كله مثل السلف وهذا نص يسقط الوجه الآخر، وقال فيه أيضاً: ولو اصطلحا من تلك المنفعة على شيء لم يجز لأنه استبدال عن المسلم فيه إلا أن يسلم إليه الدابة ثم يصطلحا على شيء فيجوز كما لو أجره المكتري من غيره جاز لأن القبض في الإجارة يجوّز التصرف فإن لم يحصل المنافع مقبوضة إذ هي بالقبض تتلف فلا يمكن العقد عليها بعد.

فرع

لو قال: اكتريتك لحمل هذا إلى بلد كذا جاز وإن لم يذكر الدابة والمكري يحمله على ما شاء.

فرع آخر

لو اكترى جملاً بعينه أو دابة بعينها فندَّت وشردت، فإن كان العقد على المدة ولم يقدر عليها حتى مضت المدة انفسخ العقد وأما في الحال لا ينفسخ العقد بل يثبت له الخيار فيه لأنه لم يتحقق تلف [١٦٨/أ] المعقود عليه كما لو اشترى عبداً فأبق قبل القبض لم يثبت الخيار، وإن كان العقد معقوداً على مسافة لا ينفسخ بحالٍ بل يثبت الخيار.

فرع آخر

لو سلم الدابة إليه فلم يركبها حتى مضت مدة الركوب مع الإمكان استقرت الأجرة وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: لا تستقر إلا أن يستوفي ذلك الطريق مع الدابة فتستقر الأجرة وإن لم يركب حينئذ وهذا غلط لأن المستأجر قبض العين المستأجرة وتمكن من استيفاء المنفعة المعقود عليها فتستقر عليه الأجرة كما لو استأجرها شهراً للركوب وتسلمها.

فرع آخر

لو استأجر إجارةً فاسدةً وقبضه وتمكن من الانتفاع به يلزمه أجر المثل، وقال أبو حنيفة: لا يلزمه الأجرة إلا أن ينتفع وهذا غلط لأن التمكن كالاستيفاء كما في الإجارة الصحيحة وعندنا إذا انتفع يلزمه أجر المثل وإن زاد على المسمى، وقال أبو حنيفة: يلزمه أقل الأمرين من المسمى أو أجر المثل.

فرع آخر

لو غصب الشيء المستأجر مدةً فالحكم فيه كما لو اشترى عبداً فهلك في يد البائع إن أتلفه المشتري استقر عليه الثمن وإن تلف بأمرٍ سماوي بطل العقد فإن أتلفه البائع بطل قولاً واحداً وإن أتلفه أجنبي فقولان فإذا قلنا: لا يبطل فللمشتري الخيار وقيل: بالعكس من هذا إن أتلفه أجنبي لا يبطل قولاً واحداً وفي إتلاف البائع قولان فكذلك في مسألة الإجارة إن قبضها المكتري بغير إذن المكري استقرت الأجرة عليه وإن منعها المكري حتى انقضت المدة قيل: قولٌ واحدٌ يبطل وقيل: قولان، وإن كان المانع أجنبياً قيل: لا يبطل قولاً واحداً وقيل: قولان والأصح أنه لا يبطل في هذا إن كان الركوب مقدراً بالمدة فهو بالخيار بين شيئين بين المقام على الإجارة والرجوع على الغاصب بأجرة المثل وبين الفسخ والرجوع على المكري بالأجرة المسماة، وإن كان الركوب مقدراً بالمسافة كان خياره بين ثلاثة أشياء الفسخ والرجوع بالمسمى والمقام والرجوع بأجرة المثل على الغاصب، **والثالث**: [١٦٨/ب] المقام على الإجارة وركوب البعير الآخر ويرجع المالك الجمال على الغاصب بأجرة المثل إذا فسخ الإجارة فحكمه كما لو انفسخت الإجارة في أثناء المدة وقد ذكرنا.

فرع آخر

قال الشافعي: ليس له أن يخاصم الغاصب إلا بوكالة المالك، وقال أصحابنا: هل له أن يخاصم الغاصب في المنفعة؟ وجهان **أحدهما**: له ذلك لأن المنفعة له، **والثاني**: لا يخاصمه كالمرتهن والأصح عندي الأول وأراد الشافعي لا يخاصمه في الرقبة ورأيته عن القفال.

فرع آخر

لو كانت الإجارة في العقار لا يجوز إلا أن يكون معيَّناً ولا يثبت في الذمة بحالٍ ولا بد أن تكون المنفعة معلومة على ما سبق بذكر المدة فإن وافق أول الهلال وذكر شهراً مطلقاً اعتبر ما بين الهلالين تاماً كان أو ناقصاً، وإن كان قد مضى من الهلال بعضه أكمل ثلاثين يوماً فإن تأخر القبض يوماً أو يومين بطل العقد في قدر ما فات قبضه لأنه تلف قبل القبض وهل يبطل فيما بقي؟ طريقان فمنهم من قال: لا يبطل قولاً واحداً ومنهم من قال: فيه قولان وأصل هذا إذا وقع الفساد بعد العقد قبل القبض مثل أن باع عبدين فمات أحدهما: في يد البائع بطل البيع فيه وهل يبطل فيما بقي؟ طريقان فإذا قلنا: لا يبطل فالمكتري بالخيار بين أن يقيم على العقد أو يفسخ فإن اختار الإقامة عليه أمسكه بالحصة وليس له أن يقول: أستعمل يوماً من شهرٍ آخر خلافاً لأبي حنيفة على ما حكي عنه.

فرع آخر

لو قال: أجرتك هذه الدار شهراً وأطلق لا يجوز ويحتاج إلى أن يقول: من هذا الوقت، وقال أبو حنيفة ومالك: يجوز ويكون من حين العقد وهذا غلط لأن العقد ها هنا على المدة دون الذمة فيصير كما لو قال: بعتك عيناً من هذه الأعيان لا يجوز.

فرع آخر

لو استأجر بعيراً ليركبه مسافة شهرٍ إلى مكة لم يجز لأن ما يقدر العمل فيه لم يجز اشتراط المدة فيه على ما ذكرنا، وقال بعض أصحابنا: يجوز لما فيه من زيادة التأكيد [١٦٩/أ] وقال أبو الفياض: إن كان العمل ممكناً في تلك المدة جاز وإلا فلا يجوز والأول أصح.

فرع آخر

إذا قال: استأجرتك فتُحصل لي خياطة خمسة أيام قال القاضي الطبري: لا يصح ووجهه أن العمل مجهول لأن الخياطين تختلف أعمالهم وإنما يصير ذلك بتعيين الخياطة أو تقدير العمل فأما بالمدة لا تزول الجهالة.

مسألة: قال: وإن اختلفا في الرُّحلة رحَل لا مكبوباً ولا مستلقياً[١].

وهذا كما قال: اختلف أصحابنا في تأويله فمنهم من قال: تأويله اختلفا في شد القيد المؤخر فقال المكري: أنا أضيق المؤخر وأوسع المقدم فيكون المحمل منكباً فيما يلي عنق البعير ليكون أخف على الجمل، وقال المكتري: وسع القيد المؤخر حتى يكون مستلقياً فيكون أروح لي ومنهم من قال: تأويله أن يقول المكري: أضيق القيدين حتى يرتفع المحمل عن خاصرة الجمل وعن جنبيه، وقال المكتري: وسعه حتى ينزل فإني لا آمن أن أسقط وكيف ما كان لا يرجع إلى قول واحدٍ منهما ويشدّ لا مكبوباً ولا مستلقياً على ما في العرف والعادة طلباً للإنصاف حتى لا يضر بهما، وكذلك لو اختلفا في جلوس الراكب في المحمل فقال المكري: اعتمد إلى ناحية عنق الجمل فيكون كالمكبوب على وجهه، وقال الراكب: بل أستلقي على كفل الحمل فإنه يقعد لا مستلقياً ولا مكبوباً على وجهه فإن خير الأمور أوساطها.

مسألة: قال: والقياسُ أن يُبدل ما يفنى من الزاد[٢].

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٤٢٠).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٤٢٠).

الفصل

وهذا كما قال: إذا استأجر جملاً ليركبه ويحمل عليه زاده فلا بد من بيان المواد فإذا شرط أرطالاً معلومة ثم سرق ذلك في الطريق كان له إبداله قولاً واحداً وإن أكل بعضه هل له أن يُبدل قدر ما أكل؟ قولان **أحدهما**: له ذلك قال الشافعي: وهو القياس واختاره المزني لأنه شرط حمل مقدارٍ معلومٍ فصار مستحقاً كما لو حلَّ المتاع وباع بعضه في الطريق كان له إبداله، **والثاني**: ليس له إبداله ويصير في التقدير كأنه اكتراه ليحمل عليه إلى [١٦٩/ب] الموضع الذي يفنى وهذا لأن الغالب أن الرجل يرتحل عن وطنه ومعه قدر من الزاد هيأه وأصلحه فإذا فني في الطريق اقتصر على شراء الزاد يوماً بيومٍ في المراحل.

وقال أبو إسحاق: إن كانت أسعار الزاد في المنازل متقاربة بالرخصِ والغلاء وكان انقطاعه مأموناً لم يكن له إبدال ما فني منها لأنه لا غرض في حمله، وإن كان بخلاف هذا يبدل بلا خلاف لأن العرف جار به والقياس دالٌ عليه، وكذلك لو كان الطريق غامراً يخاف فيه عدم ما لا بد منه له أن يبدل قال أصحابنا: وله إبدال الماء كلما فني قولاً واحداً لأن العادة في الماء الإبدال وقيل: الوجهان في النزول للرواح مأخوذان من هذين القولين.

مسألة: قال: وإن هربَ الجَمَّالُ فعلى الإمام أن يكتري[١].

الفصل

وهذا كما قال: إذا اكترى من رجل جمالاً ثم هرب الجمال لم يخلو من أحد أمرين إما أن يهرب مع الجمال أو يهرب وحده إن هرب بالجمال نظر إن كانت الإجارة في الذمة فالمكتري يرفع أمره إلى الحاكم ويقيم البينة عليه ثم الحاكم إن وجد له مالاً اكترى منه جمالاً للمكتري حتى يستوفي المنافع منها وإن لم يجد له مالاً كان له أن يستدين عليه فإن استدان اكترى له جمالاً ولا يجوز أن يدفع إلى المكتري مالاً ليكرى لنفسه بنفسه نص عليه في «البويطي» كما لا يجوز للمسلم أن يأخذ من المسلم إليه مالاً فيشتري لنفسه طعاماً وإن لم يجد من يستقرض منه أو وجد ولكنه لم يرد ذلك لخوفه أن لا يتوصل إليه في الثاني فإنه يقول للمكتري: حقك معجل وقد تأخر فلك الخيار في فسخ العقد فإن فسخ رجع بما دفع من الأجرة ويكون في ذمته يتبع به إذا قدر عليه وإن صبر وأقام على العقد، فإن كانت الإجارة إلى مدة تنقضي بطلت بالفوات وكانت الأجرة ديناً على الجمال يتبعه متى قدر، وإن كانت إلى بلدٍ بعينه لم تبطل بالتأخير فإذا قدر [١٧٠/أ] طالبه به، وإن كانت الإجارة تعلقت

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٤٢١).

بجمال بأعيانها لا يجوز للحاكم أن يكتري عليه لأن الإبدال لا يجوز في المعين والمكتري بالخيار في الفسخ والمقام على الإجارة كما لو اشترى عبداً فأبق فإن فسخ نظر، فإن كان له مال رجع بما دفع من الأجرة في ماله، وإن لم يكن له مال كانت الأجرة في ذمته يطالبه المكتري بها إذا قدر وإن أقام على العقد، فإن كانت الإجارة على مسافةٍ معلومةٍ صبر حتى يرجع الجمال ثم يطالبه بالمنافع لأنها لا تفوت أو لا تفوت بمضي الزمان، وإن كانت الإجارة على مدةٍ معلومة فإذا انقضت المدة قبل رجوعه انفسخ العقد.

وإن هرب الجمال وترك الجمال فالمكتري يرفع أمره إلى الحاكم فإن وجد له مالاً أنفقه على الجمال لأن النفقة على المكتري لأنه من تمام التمكين وإن لم يجد له مالاً بوجهٍ فإن وجد من يستقرض منه ما ينفقه عليها استقرض وإن لم يجد وكان في الجمال فضل باع منها بقدر نفقتها ولا يبيع الكل لحق المكتري ذكره أبو إسحاق، وإن لم يكن فضل يقول الحاكم للمكتري: أنفق عليها إلى أن تستوفي حقك في المنافع ثم يرجع على المكري هكذا ذكره القاضي الطبري.

وقال بعض أصحابنا: إن قبض منه الحاكم القرض وأنفق على الجمال بنفسه أو فوض إلى من ينفق عليه جاز وإن أذن له حتى ينفق بنفسه من ماله قرضاً نص في «الأم» على قولين فإذا قلنا: لا يجوز فخالف وأنفق لم يرجع بشيء لأنه تطوع بالإنفاق وإذا قلنا: يجوز وهو الأصح فأنفق ثم عاد الجمال فإن اتفقا على قدر النفقة فلا كلام وإن اختلفا نظر، فإن كان الحاكم قدر له النفقة فادعى على أكثر منها لم يرجع في الزيادة ورجع بالقدر الذي أذن الحاكم به وكذلك إن كان أنفق قدر ما قال الحاكم أو أقل وادعى ذلك فالقول قوله مع يمينه لأنه أمين، وإن لم يكن قدره الحاكم ويجوز ذلك لاختلافه باختلاف المنازل فينفق بالمعروف من غير سرفٍ ولا تقصير ولو اختلفا بعد ذلك في قدر ما اتفق فيه [١٧٠/ب] ثلاثة أوجه أشار إليها الشافعي في «الأم»:

أحدها: القول فيه قول المكري لأن المكتري يدعي عليه مالاً والأصل براءة الذمة.

والثاني: القول قول المكتري في قدر المعروف لأنه أمين وهو الأصح.

والثالث: يرجع إلى عرف الناس فإذا وافق ذلك قول أحدهما: فهو المعمول عليه قال في «الحاوي»: وهذا اختيار الشافعي قال: وإن خالف قياس الأصول الموجبة لأحد المذهبين وقد يترك القياس إذا تفاحش إلى ما يكون عدلاً بين الناس وإن يرجع الجمال فإذا بلغ المكتري الموضع باع الحاكم منها بقدر ما أنفق ويقضيه وما بقي منها ينظر فيه باجتهاد، فإن كان الحظ في حفظها حتى يرجع صاحبها فعل، وإن كان الحظ في بيعها وحفظ ثمنها

فعل وإن أنفق من غير إذن الحاكم فقد ذكرنا في المساقاة إذا هرب العامل ما يغني عن الإعادة.

فرع

يجوز أن يكتري رجلاً ليحفر له بئراً ولا يصح حتى يكون المعقود عليه معلوماً ولا يكون معلوماً إلا بأحد أمرين بالمدة أو بالعمل فالمدة أن يقول: استأجرتك لحفر البئر شهراً وإن لم يعين الموضع فإذا صح العقد كان عليه العمل شهراً ولا يحتاج إلى شرطٍ آخر، وإن كانت المنفعة معلومةً بالعمل فلا بد أن تكون البقعة التي يحفر فيها معلومة بالمشاهدة ثم يعرف مقدار سعتها وهو الدور ومقدار عمقها وعند أبي حنيفة لا يحتاج إلى بيان هذا، وقال قوم من العلماء لا يجوز الاستئجار عليها لأن باطن الأرض يختلف بالصلابة والرخاوة وإن ما يخرجه من التراب غير معلومٍ وهذا غلط بخلاف الإجماع وهذا معلوم بالعرف والعادة في الجملة ويصير باطنها بمشاهدة الظاهر معلوماً وإن جاز أن يكون الأمر بخلافه كما يصير باطن الصبرة من الطعام معلوماً بمشاهدة الظاهر حتى يصح البيع، فإذا تقرر هذا فاشتغل الحفار بالعمل فإن مضى على السداد فلا كلام وإن وصل إلى حجرٍ يمكنه حفره [١٧١/أ] لزمه وإن شق عليه لأنه التزم الحفر بالعقد هكذا ذكر عامة أصحابنا وقيل: لا يلزمه حفره لأنه يخالف ما شاهده من الأرض وإنما وجب مشاهدة الأرض لأنها تختلف فإذا ظهر فيها ما يخالف المشاهدة ويختلف به العمل وجب أن يثبت له الخيار وإن تعذر حفرها بحيث لا يعمل فيه الفأس والمعول أو نبع الماء فقد انفسخ الإجارة فيما بقي من العمل وهل تنفسخ فيما مضى على ما ذكرنا من الطريقين فإذا قلنا: ينفسخ فيما بقي يثبت الخيار في الفسخ في الكل فإن فسخ في الكل يلزم العامل أجر المثل فيما عمل وإن لم يفسخ قسطت الأجرة المسماة على ما بقي من العمل وعلى ما عمل ولا يعمل في هذا على الذرع بل يعتبر ما علا من البئر وما نزل منها فإن حفر ذراعين من أولها أسهل من حفر ذراعين من آخرها فيقسط ذلك فيقال: كم عمل قالوا: عشرة أذرعٍ وكم بقي؟ قالوا: عشرة أذرعٍ فيقال: كم أجرة ما بقي وكم أجرة ما عمل؟ فيقال كذا وكذا فيقسط المسمى عليه.

فرع آخر

شيء حفر واجتمع تراب في جوف البئر كان إخراجه على الأجير لأنه من العمل.

فرع آخر

لو انهارت من حولها ونزل فيها تراب كان على رب البئر إخراجه كما لو انثال فيه

طعام أو وقع فيه بهيمة لا يلزمه إخراجها لأنه لا يلزمه أكثر من الحفر ونقل التراب الذي يحصل من الحفر لا غير.

فرع آخر

يجوز الاستئجار لحفر القُنى والأنهار ولا يصح حتى يكون معلوماً على ما ذكرنا فإذا عين العمل لا بد من ضبط ثلاثة أوصاف العرض والعمق والطول.

فرع آخر

لو استأجره على حفر عشرة أذرع بثلاثين درهماً فحفر خمس أذرعٍ وترك خمسة قال الشافعي: يقال كم تساوي أجرة الخمس المحفورة؟ فإن قيل: خمسةٌ قيلَ: وكم [١٧١/ب] تساوي أجرة الخمس المتروكة؟ فإن قيل: خمسة عشر درهماً جمعتهما وجعلت كل خمسةٍ سهما فيكون جميع السهام أربعة ثم قسمت الثلاثين التي هي الأجرة المسماة على أربعة أسهم يخرج للسهم الواحد سبعة دراهم ونصف وهو الذي يستحقه بالخمس المحفورة وعلى هذا القياس وهذا شرح ما ذكرنا، وقال أبو حنيفة: يضاعف الأذرع المعقود عليها بقدر مسافتها ثم يقسم الأجرة على ما اجتمع منها فما خرج لكل ذراع فهو قدر أجرته مثاله أن يستأجر على حفر خمس أذرع بخمسة عشر درهماً فيجعل الذراع الأولة ذراعاً واحداً لأن نقل ترابها من ذراعٍ واحدة وتجعل الذراع الثانية ذراعين لان نقل ترابها من ذراعين ويجعل الذراع الثالثة ثلاث لان نقل ترابها من ثلاث اذرعٍ ويجعل الذراع الرابعة أربع أذرعٍ على هذا، والخامسة خمس أذرعٍ على هذا ثم يجمع ذراعاً وذراعين وثلاثا وأربعاً وخمساً فيكون خمس عشرة ذراعاً وهي ما استؤجر عليه من الأذرع الخمس ثم تقسم الأجرة المسماة وهي خمسة عشر درهماً يكون قسط كل ذراعٍ درهماً فإن حفر ذراعاً واحدةً استحق درهماً وإن حفر ذراعين استحق ثلاثة دراهم لأن الأولة ذراع، والثانية ذراعان وإن حفر ثلاثاً استحق ستة دراهم وعلى هذا قال في «الحاوي»: وقال بعض محققي أصحابنا ومجوّديهم في الحساب بمذهب توسَّط مذهبي الشافعي وأبي حنيفة لأن مذهب الشافعي وإن كان في القياس مطرداً وعلى الأصول مستمراً فإن فيه اطّراحاً لعملٍ يصح فيه وينحصر به ومذهب أبي حنيفة وإن كان في العمل مطّرداً وفي الحساب صحيحاً فإن فيه كل ما يفسد في القياس ويبطل على الأصول وذلك أن حفائر الآبار تشتمل على حفرٍ ونقل تراب فالحفر [١٧٢/أ] يتماثل في الأذرع كلها وليس في حفر الذراع الأخيرة عملٌ يزيد على حفر الذراع الأولة فلم يجز أن يفاضل بين أجورها فصار مذهب أبي حنيفة فاسداً وأما نقل التراب المحفور فإنه يختلف باختلاف المسافة ويتضاعف بأعداد الأذرع لأن مسافة الذراع الثانية مثلا مسافة الذراع الأولة

ومسافة الثالثة ثلاثة أمثالها فلم يجز العدول عن تقسيط الأجرة عليها فصار في مذهب الشافعي من هذا الوجه اطّراحٌ لعملٍ هو أصح تحقيقاً وأحصر تقسيطاً، وإذا كان كذلك وجب أن تقسط الأجرة المسماة على الحفر والنقل فما قابل الحفر قسم على أعداد الأذرع من غير تفاضل لأن العمل في جميعها متماثل وما قابل النقل قسم على ما تنتهي إليه مسافة الأذرع لأن العمل فيها متضاعف، فإن قيل: لا يجوز أن يفصل بين أجرة الحفر والنقل لأن أحدهما: تبع للآخر قلنا: هذا فاسد من وجهين **أحدهما**: أنه ليس جعل النقل تبعاً للحفر بأولى من جعل الحفر تبعاً للنقل وإذا لم يتميز التابع من المتبوع صار كل واحدٍ منهما مقصوداً، **والثاني**: ما كان تبعاً لغيره لم يجز أن يُفرد بالعقد وقد ثبت أنه لو استأجر على الحفر أجيراً لا ينقل التراب وعلى نقل التراب أجيراً لا يحفر جاز فإذا صح ذلك فللعمل عليه مقدمة وهو أنك إذا أردت أن تعلم مبلغ مسافة نقل التراب من عشر أذرع وشق عليك أن تجمع من الواحد إلى العشرة على الولاء فبابه المختصر أن تزيد على العشرة واحداً تكن أحد عشر ثم تضربها في نصف العشرة تكن خمسة وخمسين وإن شئت ضربت نصف أحد عشر في عشرة تكن خمسة وخمسين وهو مبلغ العدد المجموع من واحد إلى عشرة على الولاء والعلة في ذلك ما ذكره شجاع بن نصر أن الواحد والعشرة يكون أحد عشر والاثنين [١٧٢/ب] والتسعة تكون أحد عشر والثلاثة والثمانية تكون أحد عشر والأربعة والسبعة أحد عشر والستة والخمسة أحد عشر فتعلم أن الذي معك من جملة إعداد العشرة خمس مرارٍ أحد عشر فلذلك ضربت في نصف العشرة وهو خمسة في أحد عشر فعلى هذا إذا أردت أن تجمع من واحد إلى خمسة عشر على الولاء فزد الواحد على خمسة عشر يكن ستة عشر ثم اضربها في نصف خمسة عشر يكن مائة وعشرين وإن شئت ضربت نصف ستة عشر في خمسة عشر يكن مائة وعشرين ثم على هذا القياس، فإذا تقررت هذه المقدمة صرنا إلى العمل فإذا قيل: رجل استؤجر على حفر بئر عمقها خمس أذرعٍ في دورٍ ومعلوم بعشرين درهماً فإنه يقال: كم تساوي أجرة الحفر فإذا قيل: خمسة قيل وكم تساوي أجرة النقل فإذا قيل: خمسة عشر فليس في ذلك محاباة فاجعل أجرة الحفر التي هي خمسة مقسومة على عدد الأذرع الخمس بالسوية لأنه ليس لبعضها على بعض في الحفر فضل فيكون قسط كل ذراع بالحفر وحده درهماً واحداً ثم اجعل أجرة النقل التي هي خمسة عشر درهماً مقسومةً على مبلغ مسافة الأذرع الخمس وهو خمس عشرة ذراعاً لأنه ذراعٌ وذراعان وثلاث وأربع وخمس وإن شئت أن تعمله بالباب المختصر زدت على الخمسة واحداً تكن ستة ثم ضربتها في نصف الخمسة تكن خمسة عشر وهي مبلغ مسافة النقل من خمس أذرع فإذا قسمت عليها قسطت من الأجرة وهي خمسة عشر درهماً كان أجرة كل ذراعٍ درهماً فإذا حفر ونقل ذراعاً واحدةً

استحق درهمين لأن له بالحفر درهماً وبالنقل درهماً ولو حفر ونقل ذراعين استحق خمسة دراهم لأن له بحفر ذراعين درهمين وبنقل ذراعين ثلاثة لأن الأول ذراعٌ، والثانية ذراعان ولو حفر ونقل ثلاث أذرع استحق تسعةً لأن له بحفر الأذرع الثلاث ثلاثة وله بالنقل من ثلاث أذرع مسافة ست أذرع ستة دراهم [١٧٣/أ] وعلى هذا القياس والله أعلم.

فرع آخر

لو استأجره لضرب اللبن جاز وتكون المنفعة معلومةً لأحد أمرين على ما ذكرنا، وإذا كان بالعمل لا بد من تعيين مكان الضرب والموضع الذي يستقى منه الماء والتراب الذي يضرب منه فإذا كان في المصر قالب معروف معتاد عمل عليه لأنه كمكيال الطعام، وإن لم يكن قالب معروف فلا بد من ضبط الطول والعرض والسمك فإذا ذكر السمك والدود أجزاه لأنه يشمل على الطول والعرض ويذكر كل ألفٍ بكذا، وقال القاضي الطبري: لو شاهد القالب جاز قال أصحابنا: في هذا نظر لأن فيه ضرباً من الغور وهو كتعليق السلم بمكيال بعينه.

فرع آخر

تجوز الإجارة على بناء الدار نص عليه في كتاب الإجارة في رواية البويطي، فإن كانت معلومةً بالعمل لا بد من مشاهدة المكان ويعرف العرض والطول والارتفاع وآلة البناء من طين وجصٍ أو لبن أو آجر أو حجر وإن قدر بالزمان جاز.

فرع آخر

تجوز الإجارة على تطبيق السطوح والحيطان وتجصيصها ولا يصير هذا معلوماً بالعمل ولكن تذكر المدة لأن العمل يختلف اختلافاً لا يأتي عليه وصفٌ ولا يعرف عادةً فيكون في بعضه أثخن وفي بعضه أرق.

فرع آخر

يجوز أيضاً على طبخ الآجر وطحن الطعام ونسج الثياب وقصارتها وصبغها وخياطتها وعلى التجارة وغير ذلك من الصناعات إذا وقع العقد على عملٍ موصوفٍ معلومٍ على ما بيناه.

فرع آخر

لو استأجره لرعي الغنم لا يصح إلا مدةً معلومةً لأن المنفعة ها هنا لا تكون معلومة

إلا بالعمل ثم لا يخلو إما أن يطلق أو يعين الغنم فإن أطلق وقال لرعي الغنم شهراً انطلق إلى رعي العدد الذي يرعاه الواحد في العادة من مائة رأس فما دونها وفوقها فإذا سلم للرعي ما جرى به العرف لم يكن للمكتري [١٧٣/ب] أن يزيد على ذلك فإن أراد أن يستبدل بغيرها كان له وإن ذبح بعضها كان له أن يستخلف غيرها للرعي فإن بقي منها بقية ولو واحدة فرعاها بقية المدة كان له الأجرة وإن توالدت سخالاً حفظ سخالها على ما جرت به العادة، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز الإطلاق حتى يذكر العدد لأنه يختلف وليس فيه عرفٌ واحدٌ وهذا أصح عندي، وإن كانت الغنم معينةً تعلق العقد بأعيانها ولم يكن للمكتري أن يعطيه غيرها ليرعاها ولا له أن يزيد فيها فإن مات شيء منها بطلت الإجارة فيما مات منها وله أجرة ما بقي بالحصة وقيل: القياس أنه يجوز إبدالها كما قال الشافعي: إذا استأجر دابةً ليركبها له أن يركب غيره لأن الغنم غير معقودٌ عليها بل يستوفى بها منفعة الراعي ولهذا لو سلم لنفسه وجبت الأجرة وإن لم يرع فإن توالدت سخالاً لم يكن عليه حفظها ولا رعيها لأن العقد تعلق بأعيانها فلا تزاد.

فرع آخر

لو استأجر اليهودي عبداً مسلماً أو حراً، فإن كان على عملٍ مضمون في ذمته جاز كما أن علياً رضي الله عنه أجر نفسه من امرأةٍ يهوديةٍ ليستقى لها الماء كل دلوٍ بتمرة، وإن كان على خدمةٍ تتعلق برقبته فيه قولان فإذا قلنا: تجوز بجبر على نقلها من نفسه إلى مسلم وإلا فسخها الحاكم عليه وهو كما لو اشترى عبداً مسلماً.

فرع آخر

لو استأجر المسلم أجيراً فوجده يهودياً، فإن كان ما يمنع منه حكماً كالحج لا يجوز فإن حج لم يكن له أجرة، وإن كان يمنع خطراً ككتبة المصاحف فإن ممنوعٌ من مسها لا يجوز فإن كتبه قبل أن يعلم بحاله له أجرة مثله دون المسمى، وإن كان عمل الصناعات التي ليس فيها طاعةً مقصودة لا خيار للمستأجر ويصح، وإن كان من الأعمال التي فيها طاعة مقصودة كبناء المسجد ولحم الأضاحي، فإن كانت الإجارة معينةً فللمستأجر الخيار لأن قيام المسلم به [١٧٤/أ] أعظم ثواباً، وإن كانت في الذمة قيل: للأجير إن استنبت فيها مسلماً فلا خيار للمستأجر وإن توليتها بنفسك فللمستأجر الخيار.

فرع آخر

لو استأجر كحالاً لم يجز حتى يكون المعقود عليه معلوماً وإنما يصير معلوماً بالمدة

دون العمل، فإن كانت المدة شهراً نظر، فإن كان الكحل من عند المستأجر صحت الإجارة ولو شرط أن يكون الكحل من جهة المكري لا يجوز، وفيه وجه آخر يجوز لأن العادة جرت به ويشق على العليل تحصيل الدواء فجوّز الرضاع ذكره القاضي الطبري.

فرع آخر

لو برأت العين مع انقضاء المدة استقرت الأجرة وإن لم تبرأ عند انقضاء المدة استقرت أيضاً وإن برأت قبل انقضاء المدة بطلت الإجارة فيما بقي من المدة وكان له من الأجرة بقدر ما مضى من المدة وحكى أصحابنا عن مالك أنه قال: إذا لم تبرأ لم تجب الأجرة وهذا غلط لأن العمل الذي عقد عليه الإجارة قد وجد وإن لم يحصل الغرض فوجبت الأجرة.

فرع آخر

لو اشترى منه الكحل واستأجره للعمل في عقدٍ واحدٍ من غير شرطٍ فهو بيع وإجارة فيه قولان، وحكي عن مالك أنه يجوز وقال: أيضاً لو استأجره ليبني له حائطاً والآجر من عنده يجوز كما لو استأجره لصبغ ثوبٍ والصبغ من عنده وهذا غلط لأن الإجارة عقدٌ على منفعة وشرط العين فيه شرط عقد البيع فيصير في معنى بيعتين في بيع ولا يشبه مسألة الصبغ لأنه بيع العين والعمل فيه تسليم الصبغ لأنه مقدر به.

فرع آخر

يجوز استئجار المرأة للحضانة والرضاع لقوله تعالى: ﴿**فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن**﴾ ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك لأنه قد يكون الإنسان ولد فتموت أمه فيحتاج إلى مرضعةٍ ولا يجد من يتطوع به.

فرع آخر

لا يجوز إلا بأربع شروط أحدها أن تكون الأجرة معلومة في سائر الإجارات فإن استأجرها بطعمة بطنها وهي نفقتها وكسوتها [١٧٤/ب] لا يجوز وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: ذلك في الظئر خاصةً استحساناً، وقال مالك وأحمد: يجوز في كل أجير أن يستأجر بنفسه وكسوته ويكون له ما يكون لمثله من الوسط واحتجوا بأن عوض المنفعة يقوم العرف فيه مقام التسمية كمنفعة الزوجة وهذا غلط لأن هذا عوض في عقد فلا يجوز أن يكون مجهولاً كالثمن في البيع والدليل على أبي حنيفة أن ما لا يجوز أن يكون

أجرة في غير الرضاع لا يجوز أن يكون أجرة في الرضاع كالدراهم المجهولة، **والثاني**: لا بد أن يكون الطفل معلوماً وإنما يكون معلوماً بالمشاهدة لأن الرضاع يختلف به وذكر في «الحاوي» أنه لا بد من معرفة سنه مشاهدةً أو خبراً لاختلاف شربه باختلاف سنه، **والثالث**: أن تكون المنفعة معلومة وإنما تصير معلومة بالمدة لا غير فيستأجرها شهراً أو شهرين أو أكثر ولا يمكن تقدير ذلك بالعمل، **والرابع**: يشترط موضع الرضاع في بيتها أو بيت والده لأنه يختلف الغرض بذلك ولو أطلق ذلك ولم يشترط كان باطلاً لأن المرأة تقول: أرضعه في بيتي فإنه أخف عليّ وأتمكن من الاشتغال بأمور منزلي والرجل يقول: أرضعيه في بيتي حتى أشرف على ذلك.

فرع آخر

لو استأجرها على أن يعطيها كان يومٍ رطلين من الخبز لا يجوز لأن الخبز لا يثبت في الذمة ويجوز بالحب في الذمة.

فرع آخر

ليس على المرضعة أن تأتي إلى الطفل بل يجب حمله إليها.

فرع آخر

لولي الطفل أن يمنعها من أكل ما يضر بلبنها، فإن كان الطفل لا يستمري لبنها لعلَّةٍ في اللبن كان عيباً تفسخ به الإجارة.

فرع آخر

لو أجرت نفسها ثم تبين أنها ذات زوج له الفسخ فإن أجاز لا يمنع الزوج من وطئها.

فرع آخر

لو أجرت نفسها بإذن الزوج لم يكن له منعها بعد ذلك ولا يشغلها عن الرضاع إلا في الوقت الذي يستغني الصبي عن الرضاع فيه أو يكون نائماً [١٧٥/أ] ثم للزوج وطؤها وليس لها أن تمنعه نفسها ولا لأهل الصبي أن يمنعوا زوجها من ذلك مخافة الحبل وذهاب اللبن به، وقال بعض أصحابنا بخراسان: يمنع من وطئها لأنه يؤدي إلى قطع اللبن كما يمنع الراهن من وطء المرهونة وهذا أقيس وبه قال مالك والأول ظاهر المذهب.

فرع آخر

لو أجرت نفسها ولم يكن لها زوج ثم تزوجت صح النكاح ولا تبطل الإجارة وليس للزوج مقال حتى تنقضي مدة الإجارة لأنه ملكها وهي مسلوبة المنفعة ولا يمنع من وطئها على ما ذكرنا لأن الوطء مستحق بالنكاح فلا يسقط لأمرٍ مشكوكٍ فيه.

فرع آخر

لو أجرت نفسها ثم ذكرت أنها ذات زوج لم يقبل قولها في حق المكتري ولو نكحت مطلقاً ثم ذكرت بأنها كانت أجرت نفسها للرضاع لم يقبل قولها في حق الزوج.

فرع آخر

لو كانت المرأة ذات زوج فأجرت نفسها لإرضاع مولود من غير إذن الزوج فالإجارة باطلة، وقال أبو حامد في «الجامع»: وقد قيل: للزوج إبطال الإجارة وهذا يدل على أنه موقوف على فسخ الزوج ويصح المذهب الأول لأن الزوج يملك الاستمتاع بها كل وقت فلا يجوز التوقيت عليه وقيل: فيه وجهان **أحدهما**: ما ذكرنا، **والثاني**: يصح لأن العقد تناول محلاً غير المحل الذي تناوله عقد النكاح لأنه لا يملك خدمتها ولا إرضاعها وعلى هذا للزوج الخيار في فسخه لأنه يفوت به الاستمتاع في بعض الأوقات.

فرع آخر

إذا كان للمرأة ولد من زوجها لم يكن عليها أن ترضعه وإنما مؤونته على أبيه وإن أرادت إرضاعه كان له منعها لأنه يمنع استمتاعه وإن أراد أن يستأجرها للإرضاع لا يجوز، وقال أحمد: يجوز لأن كل عقد يجوز أن يعقد مع غير الزوج فكذلك مع الزوج كالبيع وهذا غلط لأنه يستحق حبسها وأخذت منه عوضاً في مقابلة الاستمتاع وعوضاً آخر في مقابلة التمكين فلا يلزمه عوض الحر ولو بانت منه جاز له [١٧٥/ب] أن يستأجرها لإرضاع ولده ولو تبرعت بالإرضاع لم يكن له منعها لأنه أحظ لولدها من غير ضرر يلحقه.

فرع آخر

لو سقت المرضعة الطفل من لبن غيرها وكانت معيبة لا أجرة لها، وقال أهل العراق: لها الأجرة وهذا غلط لأنها لم تأت ما هو المستحق بالعقد عليها.

فرع آخر

الأجرة تجب حيث تجب النفقة، فإن كان للطفل مال فالأجرة منه، وإن لم يكن له مال

فعلى أبويه على ما يقتضيه الإنفاق عليه فإن تطوع الأب ببدل الأجرة وللطفل مال فقد أحسن.

فرع آخر

اختلف أصحابنا فيما يتناول العقد على وجهين **أحدهما**: العقد واقع على اللبن والحضانة والخدمة تابعة بدليل أن الإنسان إنما يقصد باستئجار المرضعة لبنها، **والثاني**: وهو المذهب العقد واقع على الحضانة والخدمة واللبن تابع لأن عقد الإجارة على العين على أن تكون المنافع تابعة لا يجوز والعقد على المنفعة والعين تابعة يجوز مثل أن يستأجر داراً يدخل ماء البئر في الإجارة تابعاً فإذا جاز الاستئجار ها هنا ثبت أن العين تابعة.

فرع آخر

قالوا: استأجرها للرضاع والحضانة معاً يلزمها الأمران معاً ولو استأجرها للرضاع دون الحضانة أو للحضانة دون الرضاع لزم ما ذكراه ولو استأجرها للرضاع مطلقاً هل تلزم الحضانة والخدمة وهي الحفظ والتربية والتدهين والتكحيل وغسله وتنويمه وشده وغسل خرقه وجهان **أحدهما**: لا يلزمها غير الرضاع، **والثاني**: يلزمها الأمران لأنه العرف وأصل الوجهين ما الذي تناول العقد فإن قلنا: تناول اللبن والحضانة تابعة تجبر عليها وإن قلنا بالوجه الآخر لا تجبر عليها واعلم أن الشافعي قال في «المختصر» في أول الباب: وقد تختلف الرضاع فلما لم يوجد فيه إلا هذا جازت الإجارة أي: إذا صارت جملة العمل معلومة فلا معتبر بالتفصيل إذ لا يوقف على ما يشرب الصبي من اللبن وعلى عدد الرضعات وهذا يدل على أن [١٧٦/أ] العقد يتناول الحضانة لا اللبن.

فرع آخر

لو استأجرها للحضانة، قال بعض أصحابنا بخراسان: لا يلزم الإرضاع وجهاً واحداً، وقال بعضهم: يلزم الإرضاع وجهاً واحداً والصحيح عندي أن هذا على وجهين أيضاً بناءً على ما ذكرنا من الوجهين أن اللبن تابعٌ أو متبوع.

فرع آخر

لو مات من الجماعة واحدٌ نظر، فإن مات المكتري وهو الأب أو غيره فالإجارة بحالها وإن ماتت المكترأة وهي الظئر بطلت الإجارة فيما بقي من المدة وفيما مضى طريقان على ما ذكرنا، وكذلك لو جف ثديها وإن مات الطفل فيه قولان المنصوص في الخلع وفي

النفقات في «الأم» أنه يبطل العقد لأن المنفعة المعقود عليها فاتت لأن الولد الذي يرضع تعذر إرضاعه وغيره لا يقوم مقامه لأن شرب اللبن يختلف بالصبيان والمرأة قد تدر على ولدٍ ولا تدر على آخر فبطلت الإجارة وفيه قول مخرج لا تبطل الإجارة لأن المنفعة المعقود عليها باقية وإنما مات المستوفي فلا تبطل الإجارة كموت الراكب وهذا ضعيف فإذا قلنا بالمذهب فالحكم فيه كما لو ماتت الظئر وإذا قلنا: لا يبطل فالمكتري بالخيار بين أن يقيم غيره مقامه أو يدع فإن أقام غيره مقامه فلا كلام وإن لم يفعل أو اختلفا كان له فسخ العقد فإذا فسخ كان الحكم كما لو انفسخ وقد ذكرنا وإن مرضت الظئر نقص لبنها فلأهله فسخ الإجارة فإذا فسخ فالحكم كما لو انفسخ.

فرع آخر

للسيد أن يؤاجر الأمة القن أو المدبرة والمعتقة بصفةٍ وأم ولده للإرضاع وكذلك المأذون لها في التجارة نفسها للإرضاع بغير إذن سيدها لم يجز وله أن يجبر أمته وأم ولده على إرضاع ولده منها أو من غيرها.

فرع آخر

للمكاتبة أن تؤاجر نفسها للرضاع لأنه نوع من الاكتساب وكسبها لها وليس لسيدها الحكم عليها في ذلك.

فرع آخر

لو استأجر ملقحاً يلقح النخيل يجوز بشرط أن يكون [١٧٦/ب] الكش وهو طلع الفحل من عند المكتري فإن شرط على الأجير ذلك بطل.

فرع آخر

لو استأجر رجلاً ليشتري له ثوباً بعينه أو يبيعه صحت الإجارة لأن كل ما جاز العقد عليه إن كان مقدراً بزمانٍ جاز العقد عليه إذا كان معلوماً في نفسه كركوب الدابة، وقال أبو حنيفة: لا يجوز ذلك لأن ذلك يتعذر عليه فأشبه ضراب الفحل وهذا غلط لما ذكرنا، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز في الشراء ويجوز في البيع، والفرق أن البيع في العادة ممكن لأنه لا يعدم راغباً فيه والشراء لا يكون إلا من واحدٍ وقد لا يمنع فلا يمكن تحصيل العمل ظاهراً ولو استأجره ليشتري له شيئاً وصفه ولم يعينه جاز بلا خلاف.

فرع آخر

لو استأجر رجلاً ليخيط له ثوباً بعينه في يومه بدرهم قد ذكرنا أنه لا يجوز قال القاضي الطبري: هكذا قال لا يصح ورأيت في «البويطي» بخلاف ذلك كما لو اكترى بناءً أو نجاراً أو خياطاً أو رجلاً يعمل بيديه فوقع الكراء على عمل بدنه بعينه في مال صاحب المال فلا تجوز الإجارة على أن يعمل له بعد الإجارة بيوم ولا يجوز له إلا أن يشترط عليه أن يعمل له ساعة استأجره أو تكون الإجارة على خياطة هذا الثوب أو بناء هذه الدار ولا يسمى متى يعمله فتجوز الإجارة وعليه أن يبدأ في عملة ساعة تمت الإجارة فإن شرط له عليه أن يأخذ في عمله وسمي الفراغ إلى أجلٍ يمكن أن يعمل مثله فذلك أفضل وإن لم يسم الأجل فهو جائز ويعمل له طاقته حتى يفرغ منه وهذا نص بيّن على أن ذكر الأجل فيه أفضل إذا كان الأصل مما يمكن العمل فيه وأنهما إذا تركا الأجل كان جائزاً وهذا حسن وهو صحيح عندي.

فرع آخر

لو استأجره على أن يخيط له قميصاً وشرط أنه إن خاطه رومياً وهو مثل خياطة الصوف درزين درزين فله درهمان وإن خاطه فارسياً فله درهم لم يصح عقد الإجارة [١٧٧/أ] كما لو قال استأجرتك لتحمل لي هذه الرزمة إلى دكان فلان بدرهم أو تخيط لي هذا القميص بدرهمين لا يجوز، وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وهذا غلط لما ذكرنا.

فرع آخر

إذا استأجر دابةً شهراً ليقضي عليها الحقوق ويشيّع الموتى لا يجوز.

فرع آخر

لو استأجر شيئاً أول النهار ليرده بالعشي لم يجز لأنه لا يعرف، وفيه وجه آخر أنه يجوز ويرده بعد الزوال.

فرع آخر

إذا حط الحمولة بالبلد المكترى إليه ثم قال: غلطت منزلي فاحملها إليه ليس له ذلك.

فرع آخر

إذا أدخل المستأجر إلى الدار ما له إدخاله من بعير أو بقر فانكسر طابق الدار لا يضمن.

فرع آخر

إذا استأجر داراً ليسكنها وحده فتزوج قال أبو ثورٍ: لا تسكنها معه وهو القياس ذكره الصيمري.

فرع آخر

لو أبق العبد من يد الغاصب فاستأجر الغاصب المالك لطلبه بالأجرة فيه وجهان.

فرع آخر

إذا استأجر لخياطة ثوب فقال: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فلك نصف درهم فالعقد فاسد، وإذا خاطه فله أجر مثله وبه قال مالك وزفر، وقال أبو حنيفة: الشرط الأول جائز، **والثاني**: فاسد، إن خاطه في اليوم الأول استحق درهماً، وإن خاطه في اليوم الثاني فله أجرة مثله لا ينقص فيها عن نصف درهم ولا يزاد على درهم، قال أبو يوسف ومحمد: الشرطان جائزان وهذا غلط لأنه عقد واحد فإذا اختلف فيه العوض بالتأخير والتقديم كان فاسداً كما لو قال: أجرتك هذا بدرهمٍ نسيئةً أو بنصف درهمٍ نقداً.

فرع آخر

ولو اكترى مصحفاً ليقرأ فيه القرآن، أو دفتراً ليقرأ فيه الفقه أو اللغة أو الشعر مدةً معلومةً يصح عقد الإجارة عليها، وقال أبو حنيفة: لا يجوز لأنه ليس في ذلك أكثر من النظر إليه، ولا تجوز الإجارة على مثله كالنظر إلى التصاوير وهذا غلط لأن هذه منفعةٌ مباحة [١٧٧/ ب] مقصودة فجاز عقد الإجارة عليها وليس كالنظر إلى التصاوير لأنه ليس بمقصود، فإن كان شيئاً مقصوداً مباحاً جاز أن يؤاجر من الناظر إليها مثل الكتابة وصور الأشجار ذكره أصحابنا.

فرع آخر

تجوز إجارة الثياب للبس والبسط والفرش والستر وغير ذلك مما يفرش أو يلبس أو ينصب أو يتغطى به أو ينام فيه وعليه نص عليه.

فرع آخر

لو اكترى قميصاً يوماً إلى الليل ليلبسه فاتَّزر به كان ضامناً، ولو تردى به فجعل كمَّيه على كتفيه فيه وجهان **أحدهما**: لا يضمن لأن التردي أقل ضرراً من اللبس، **والثاني**: يضمن لأن العادة لم تجر بالتردي بالقميص فلم يتناوله العقد ذكره القاضي أبو حامد.

فرع آخر

قال: لو أن امرأةً اكترت درعاً ثلاثة أيامٍ لتلبسها لم يكن لها أن تنام فيها ليلاً، ولها أن تنام فيها نهاراً لأن العادة جرت بالنوم في الثياب بالنهار دون الليل، وقيل: إن نامت أكثر النهار فيها ضمنت لأنها خلاف العادة ويجوز أن تلبسها بالليل إلى وقت المبيت للعادة.

فرع آخر

قال: ولو استأجرت ثوباً يوماً مثل يوم عيد ونحوه بكراءٍ معلومٍ فلم تخرج كانت الأجرة لازمة لها فإن ضاع منها الثوب الذي اكترته فلم تجده حتى تقضى اليوم فلا أجرة عليها إذا علم ضياع الثوب، فإن ادعت أن الثوب ضاع ولم تجده إلى وقت انقضاء الإجارة لم تقبل منها إلا بالبينة ولم يكن لها أن تلبسه بعد تقضي اليوم، وإذا وجدته فإن لبسته بعدما وجدته كانت ضامنةً وعليها كراء مثله.

فرع آخر

قال الشافعي: وتجوز إجارة الحلي والجواهر وسائر ما تلبسه النساء ذهباً كان أو فضة أو لؤلؤاً منظوماً أو خرزاً، والحكم في ذلك كالحكم في سائر ما تستأجره، فإن كان الحلي ذهباً فاكتراها بذهبٍ أو فضةٍ جاز لأنه لا ربا بين الذهب ومنافع الذهب، وفيه وجه آخر لا تجوز [١٧٨/أ] بجنسها ولو غصب حلياً يجوز أن يضمن منفعتها بجنسه أيضاً.

فرع آخر

قال: يجوز إجارة القدور والطسوس والأباريق وسائر الأعيان القائمة التي ينتفع بها مع بقائها إذا كانت معلومةً، واشترطت منفعةً معلومةً في مدةٍ معروفةٍ، وكذلك لا بأس بإجارة الرماح والقسي ولا تجوز إجارة النشاب.

فرع آخر

لو استأجر دراهم أو دنانير مدةً معلومةً فيه وجهان **أحدهما**: لا يجوز وهو المشهور من المذهب لأن المقصود منها الانتفاع بها بإتلاف عينها، **والثاني**: يجوز لأن الانتفاع المباح يمكن بها مع بقاء عينها وهو أن يضعها الصيرفي بين يديه يتحمل بها أو يعبر بها السنجة والأوزان وهذا اختيار القاضي الطبري، وقال أبو حامد: الصحيح الأول لأنه لا خلاف أنه لا يضمن منافعه بالغصب وما ذكره من التحمل يبطل بالطعام لا يجوز إجارته ويحصل به التحمل أيضاً.

فرع آخر

لو استأجر رجلاً ليحمل له خمراً إلى داره، أو استأجر جملاً ليحملها فالإجارة فاسدة وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: يجوز لأن الفعل لا يتعين عليه، ولو حمل مثلها خلاً جاز وهذا غلط لأنه استأجر لأمرٍ محرم فأشبه الاستئجار على الزنا.

فرع آخر

لو استأجر لينقلها للإراقة يجوز لأنه غير محرمٍ بل هو واجب.

فرع آخر

لو استأجر داراً ليبيع فيها خمراً كانت الإجارة فاسدة، وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك مع الذمي.

فرع آخر

إذا استأجر بيتاً ليتخذه بيت نار أو كنيسة لا يجوز وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا بأس أن يؤاجر بيتاً في السواد ممن يتخذه بيت نارٍ أو كنيسة، ومن أصحابنا من قال: أراد أبو حنيفة إذا علم المؤجر أنه يفعل ذلك ولم يشترطه فيرتفع الخلاف على هذا وهذا غلط [١٧٨/ب] لما ذكرنا.

فرع آخر

لو استأجر داراً أو بيتاً ليتخذه مسجداً يصلي فيه جاز وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: لا يجوز وهذا غلط لأنه فعل جائز فجاز الاستئجار له كالخياطة.

فرع آخر

يجوز أن يستأجر من يقتص له في النفس والطرف وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: لا تجوز الإجارة على قصاص النفس لأن عدد الضربات وموضع القطع مجهول وهذا غلط لأنه يجوز التوكيل في استيفائه فجاز عقد الإجارة عليه كقصاص الطرف، وأما ما ذكروا يبطل بخياطة الثوب فإن الغرزات مجهولة ويجوز ذلك.

فرع آخر

أجرة السياف على المقتص من طرفه كأجرة الكيال على من عليه لأنه لإيفاء الحق، وقال أبو حنيفة: تجب الأجرة على المقتص له .

فرع آخر

ذكرنا أن أجرة الناقد على المستوفي لأنه استوفى حقه في الظاهر ويريد بالانتقاء رده عليه إن ظهر عيبٌ، وإذا اشترى ثمرةً فأجرة الجداد على المشتري وفي إجارة الكلب ذكرنا وجهين والأصح جوازها عندي لأن منفعة الكلب لا تتصف بالنجاسة والطهارة والعقد يقع عليها، وقيل: الأعيان ضربان حيوان، وغير حيوان وغير الحيوان ضربان **أحدهما**: ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فتجوز إجارته، **والثاني**: ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالشمع والمطعومات فلا يجوز إجارته والحيوان على ضربين آدمي وغير آدمي، والآدمي تجوز إجارته فيؤاجر نفسه وولده ومماليكه من العبيد والإماء، وأما غير الآدمي فضربان مملوك وغيره فالمملوك على ثلاثة أضربٍ ضربٌ ينتفع بظهره فقط كالبغال والحمير تجوز إجارتها، وضربٌ ينتفع بدرها دون ظهرها كالأغنام لا تجوز إجارتها لأن منافعها أعيان اللّهم إلا أن يستأجرها لتدوس [١٧٩/أ] الزرع أو الطين فتجوز، وضرب ينتفع بدره ونسله وظهره كالإبل والبقر فإن استأجرها بغير الأعيان جاز، وإن كان الانتفاع بالأعيان لا يجوز وتفصيل هذا يرجع إلى ما تقدم ذكره.

فرع آخر

لو استأجر شجراً للاستظلال بها أو لتعلق به الثياب حبلاً يبسط عليه الثياب أو ليربط مواشي إليها وليبسط الثياب عليها قال أصحابنا: يجوز، وقال في «الحاوي»: إن كان هذا مقصوداً من منافعها غالباً يصح، وإن كان نادراً غير مقصود في العرف فيه وجهان كاستئجار الطعام لتعيير المكيال أو الدراهم للجمال وهذا خلاف ما ذكر أبو حامد في الطعام، ولو استأجر حبلاً ليعلق عليه الثياب جاز وجهاً واحداً لأن هذا منفعة مقصودة فيه.

فرع آخر

لو قال: استأجرتك هذا اليوم بعينه لتبيع لي كذا وكذا أشياءً بأعيانها قال ابن القفال في «التهذيب»: يحتمل أن يجوز ذلك لأن الأغلب إمكانه فإن تعذر البيع فيه كان له الأجر المسمى لأنه شغله عن منافع نفسه وبذل له العوض ويحتمل أن يقال: لا أجرة له لأن العمل لم يحصل، وقال القاضي الطبري: هذا يصح على ما نص عليه في «البويطي» أن العمل إذا كان معلوماً جاز تقديره بمدة وكان أفضل من السكوت عنه.

فرع آخر

قال في «الدعوى والبينات»: لو استأجره لنقل جيفة إلى المزبلة وجعل أجرة نقلها

جلدها لم يجز لأنه نجس العين فلا يجوز أن يجعل أجرةً ولأنه مجهول لأنه لم يسلخ، ولو استأجره لسلخ شاةٍ مذبوحةٍ على أن جلدها له لم يجز لأنه مجهول، ولو سلخ جلد الميتة ثم استأجر من يحملها بجلدها لم يجز لأنه جلد ميتةٍ، ولو كان مذبوحاً والجلد مسلوخ فاستأجر لنقلها بجلدها جاز حينئذ لأنه طاهر معلوم، ولو رافعه إلى الحاكم، فإن كان قبل أن يعمل العمل فلا شيء له، وإن كان عمل له أجر المثل لأنه عمل بشرط عوضٍ لم يسلم له، وإن كان الأجير سلخ الجلد رده إليه لأنه [١٧٩/ب] وإن كان ميتةً تقرّ يده عليه وله استصلاحه.

فرع آخر

لو استأجر دابةً من آمل إلى جرجان بدراهم مطلقة كانت الدراهم من نقد آمل، وقال أبو حنيفة: يلزمه من نقد جرجان وهذا غلط لأن الاعتبار بموضع العقد دون غيره.

فرع آخر

لو استأجر لضرب اللبن ليس عليه غير الضرب، وقال أبو حنيفة: عليه إقامة اللبن حتى تجف وهذا غلط لأنه لم يصرح به في عقد الإجارة فلا يلزمه.

فرع آخر

لو استأجره لحفر قبرٍ ليس عليه رد التراب إلى القبر بعد وضع الميت فيه، وقال أبو حنيفة: يلزمه ذلك.

فرع آخر

لو استأجره لشيّ اللبن فليس عليه إلا الشيّ وليس عليه إخراج الآجر من الأتون خلافاً لأبي حنيفة.

فرع آخر

لو استأجر دابة من بغداد إلى البصرة فإذا بلغ عمران البصرة له استرداد الدابة ووضع الأحمال، وقال أبو حنيفة: عليه أن يأتي بالحمل إلى دار المكتري، وقال: لو نزل في موضع من البلد ثم قال: أخطأت منزلي في غيره لم يكن له أن يركبها إلى منزله وهذا غلط، لأنه لو كان ذلك حقاً له لو لم ينزل لكان حقاً له وإن نزل، وقال في «الحاوي»: ولو كان البلد الذي ركب إليه صغيراً تتقارب أقطاره له أن يسير عليها إلى منزله كما لو نزل في طريقه منزلاً جاز أن ينزل حيث شاء من أول المنزل وآخره.

فرع آخر

لو دفع إلى حائك غزلاً على أن ينسجه عشرة أذرع في عرض أربعةٍ فجاء به دون ذرعه أو عرضه استحق حصته من المسمى، وإن جاء به أطول لم يستحق الزيادة، وقال محمد: إن جاء به أطول أو أقصر كان صاحب الثوب بالخيار بين أن يطالبه بمثل غزله ويدفع إليه الثوب، وبين أن يدفع إليه بحسابه من الأجرة لأنه لم يحصل غرضه فصار كأنه أتلفه عليه وهذا غلط لأنه استأجره ليعمل له عملاً فعمل بعضه فيستحق بقدره من الأجرة كما لو استأجره ليضرب [١٨٠/أ] له ألف آجر فضرب بعضه.

فرع آخر

لو دفع ثوبه إلى غسَّال فقال له: اغسله حتى أحاسبك أو أقاطعك أو أتى بكلامٍ يدل على الأجرة كان للغسال أجر مثله إذا غسل، ولو ألقى إليه الثوب وقال: اغسل هذا ولم يقل شيئاً آخر فغسله لم تكن له الأجرة ذكره أبو حامد في «الجامع» نصاً، وكذلك لو قال للجمال: احملني على بعيرك، أو قال للحمال: احمل هذا الطعام إلى منزلي، أو قال للخياط: خط ثوبي هذا فحمل أو خاط لا أجرة له، والغسال ومن ليس بغسالٍ والحمال ومن ليس بحمالٍ في ذلك سواء قال: وقد قيل فيه وجه آخر أنه إن كان معروفاً بالعمل بالأجرة تلزمه الأجرة، وإن لم يكن معروفاً بذلك لا تلزمه الأجرة لأنه إذا كان معروفاً بذلك فالظاهر يدل على العوض وبه أفتي، وذكر المزني في «الجامع الكبير» أنه يستحق الأجرة لأنه أتلف منفعته بأمره، وقال أبو إسحاق: لو بدأ الغسال فقال: أغسل ثوبك فأعطني فأعطاه لا يستحق الأجرة، ولو بدأ صاحب الثوب فقال: اغسل ثوبي يستحق الأجرة لأنه إذا دفع إليه فهو المتلف لمنافعه وإذا أخذ هو رضي بإتلاف منافع نفسه وهذا كله غير صحيح والمذهب الأول وهو اختيار ابن سريج والإصطخري وعامة أصحابنا ووجهه أن المنافع أضعف حالاً من الأعيان، ثم لو أتلف على غيره عيناً من أعيان ماله بإذنه لا يلزمه العوض وهو إذا قال للخباز: أطعمني هذا الخبز فأطعمه ولم يذكر ما يدل على العوض فلأن لا يلزمه عوض المنافع ها هنا أولى ولأنه لو قال: أسكني دارك شهراً فأسكنه لا يستحق الأجرة بالإجماع وما ذكروه يبطل بالأعيان وهكذا الخلاف لو دفع إلى صباغ ثوباً ليصبغه أو أمره بالبناء أو التجارة ولم يذكر الأجرة.

فرع آخر

إذا قلنا: لا أجرة له عند الإطلاق فادعى الأجرة فالقول قول رب الثوب، كما لو قدم إلى رجل طعاماً فقال: كل فلما أكل قال: إنما أذنت لك في الأكل [١٨٠/ب] بعوض

فالقول قول الآكل، فإن قيل: أليس لو دفع إلى رجل عيناً وسكت فقال المدفوع إليه: وهبتها مني وأنكر الدافع كان القول قول الدافع ويلزمه ضمان العين إن لم يردها فقالوا: في المنافع إذا لم يوجد منه الهبة يضمنها قلنا: الفرق أن دفع العين لا يتضمن إتلافها وقصارة الثوب يتضمن إتلاف العمل فيه فلهذا لم يضمنها.

فرع آخر

قال: وكراء الحمامات جائز، ولا يجوز حتى ينظر إلى الأشياء المقصودة التي تختلف المنافع باختلافها وهي سبعة أشياء البيوت والقدر والأتون ومطرح الرماد ومبسط الزبل والقماش والحطب والبئر والجئة وجمعها جئات وهي موضع مستنقع ماء الحمام فإن أخذ برؤية شيء منها كانت الإجارة فاسدة كما نقول في البيع: لا بد من مشاهدة هذه المواضع وهذا لأن الأغراض تختلف بكبر هذه المواضع وصغرها وسعتها وضيقها.

فرع آخر

كل ما كان للتمكين من الانتفاع فعلى المكتري كالقير والجص والجامات والحوض والصاروج والأبواب والمفاتيح. وكل ما كان لاستيفاء المنافع كالدلو والحبل والبكرة والقصاع التي في الحمام والوقود فعلى المكتري، وأما التحسين والتزيين لا يجب على واحدٍ منهما كما نقول في الدار سواء فإن شاء المكتري فعل، وإن شاء ترك.

فرع آخر

تنقية الآبار والجئة على المكتري إلا أن تكون الآبار والجئة مملوءة حين اكترى فيكون ذلك على المكري لأنه من جملة التمكين من الانتفاع، وقال أبو حنيفة: القياس هذا ولكن الاستحسان أن يكون على المكري لأنها عادة الناس ذلك وهذا غلط لأنه حصل بفعل المكتري فكان تنظيفه عليه كما لو طرح فيها قماشاً، قال أبو حامد: وقد قال الشافعي في المساقاة: تنقية الأنهار وإصلاح الماء على العامل فكذلك ها هنا يلزم على المكتري قال: ولا خلاف [١٨١/أ] بين أصحابنا أنه إذا اكترى داراً فتنقية البالوعة والحش على المكتري كذلك هذا، ومن أصحابنا من قال: كسح البئر والجئة في الحمام على المكري أبداً ذكره أبو حامد في «الجامع» وهو المذهب لأن التمكين من الانتفاع به لا يكون إلا به وفي المساقاة تنقية الأنهار على رب النخل أيضاً وإنما تنقية الآبار التي على حوالي النخل على العامل ولا يشبه الحش في الدار لأن معظم انتفاع الدار لا يكون به بخلاف الحمام، وقال بعض أصحابنا بخراسان: في الدار والحمام وجهان **أحدهما**: على رب الدار والحمام لأنه من

تمام التمكين وبه أفتي، **والثاني**: أنه على المكتري.

فرع آخر

إذا انقضت مدة الإجارة لا يجب على المكتري تنظيف البالوعة حتى يردها كما تسلمها ويلزمه نقل الكناسة والتراب الذي ألقاه هو، وهكذا في الحمام لا يجب عليه تنظيف مستنقع الماء عند الرد.

فرع آخر

لو شرط على المستأجر عمارته أو مرمته أو تطيين سطوحه أو تنقية بئره كانت الإجارة فاسدة، ولو أنفق يلزم المكري عوضه لأنه أنفقه على ملكه بإذنه بشرط العوض، ولو اختلفا في قدره قال القاضي الطبري: القول قول المنفق لأنه أمينه على ذلك، ومن أصحابنا من قال: لا يجعل القول قوله لأنه لم يأتمنه وإنما شرط أن تكون النفقة عليه وذلك لا يقتضي الأمانة.

فرع آخر

قال في كتاب «الدعوى والبينات»: لو أكراه داراً سنةً بعشرين ديناراً على أن ما يحتاج إلى عمارتها أنفق المكتري من الأجرة وأقاما على العقد حتى مضت المدة فعلى المكتري أجر المثل والقول قوله فيما أنفق مع يمينه ما لم تبلغ النفقة عشرين ديناراً، فإن تلف عشرين فعليه ضمان ما لم يأذن له فيه وهو ما تمت به العشرون لأنه ما إذن له به وعلى هذا لو عقد إجارة صحيحة من غير شرطٍ ثم أذن له في الإنفاق ليحتسب له بذلك من الأجرة ثم اختلفا في القدر [١٨١/ب] القول قوله في القدر لأنه إذا جعله الشافعي أميناً في الإجارة الفاسدة فلأن يجعل أميناً في الإجارة الصحيحة أولى، وقال بعض أصحابنا فيه قول آخر القول قول المالك لأن الأصل براءة الذمة.

فرع آخر

لو اشترط في عقد الإجارة دراهم يأخذها منه عند العقد سلفاً لتكون محبوسة عليه إلى آخر مدة الإجارة كانت فاسدة، وهكذا لو اشترط على المستأجر تسويده بالقير أو تبييضه بالنورة كانت فاسدة.

فرع آخر

لو انهدم الحمام انفسخت الإجارة وليس له أن يقول: أعيده كما كان لأنه يكون حماماً آخر.

فرع

لو اشترط رب الحمام على المستأجر أن لا يكون لدخوله الأجرة ولا لدخول غلمانه كانت الإجارة فاسدة.

فرع آخر

لو تعطل واحتاج إلى العمارة شهراً ونحو ذلك لا يصح أن يشترط العطلة على المالك ولا على المكتري، فإن فعل ذلك فسدت الإجارة للجهل بمدة العطلة، وإن كان العقد مطلقاً كان كالعيب يحدث فيه فالمكتري بالخيار بين أن يقيم على العقد بكل الأجرة، أو يفسخ لأن المنفعة لم تتعذر جملةً بل نقصت.

فرع آخر

لو استأجر حماماً فقل دخول الناس فيه، فإن كان لأمرٍ يعود إلى المؤجر من شعثه فعلى المؤجر إصلاحه فإن بادر إلى عمارته فلا خيار للمستأجر، وإن لم يبادر إلى عمارته فله الخيار، وإن كان لأمرٍ يعود إلى المستأجر من قلة الحطب ونحوه فلا خيار له، وإن كان لأمرٍ لا ينسب إلى واحدٍ منهما، فإن كان لمانعٍ منه بفتنة حادثة أو لخراب الناحية فهذا عيب للمستأجر الخيار، وإن كانت فتنة يسيرة جرت بها العادة لا خيار، وإن كان لرغبة عنه بحدوث ما هو أعمر منه لا يكون عيباً ولا خيار للمستأجر.

فرع آخر

لو نزل رجل في سفينة ملاح بغير إذنه فحمله فيها إلى بلدٍ له أجر مثله لأن الراكب صار مستهلكاً لمنفعة موضعه من السفينة على مالكها، ولو نزل فيها بإذنه [١٨٢/أ] من غير ذكر الأجرة فهو كمسألة القصار وهكذا لو دخل حماماً بالإذن من غير دليل الأجرة، وهكذا لو أخذ من سقاءٍ ماءً، فإن كان من غير طلب منه فعليه ثمنه، وإن كان بالطلب فعلى الاختلاف.

فرع آخر

قال الشافعي: ولا يجوز أن يكون أجيراً على شيء وهو شريك فيه مثل أن يقول: اطحن هذه الحنطة لي ولك ربعها والمعنى الواضح في إبطاله أن الدقيق الذي يحصل من حنطةٍ بعينها بعد طحنها مجهول فكأنه استأجره على أن أجرته ربع دقيق مجهول وذلك لا يجوز، وكذلك لو قال: على أن النخالة لك لا يجوز، وكذلك لا يجوز أن يقول: انسج لي

من هذا الغزل ثوباً على أن لك ربعه شائعاً لا يجوز.

فرع آخر

لو استأجره للخدمة مطلقاً قال الشافعي: لا يجوز حتى يبين الجهة أنه خياطة أو ماذا، وقيل: يجوز ويدخل فيه غسل الثوب والخياطة والخبز وتعليف الدواب وحمل الماء للشرب والطهارة وخدمة الزوجة وحلب المواشي، وقيل: تعليف الدواب وحلبها وخدمة الزوجة لا تدخل إلا بالشرط وهو اختيار شيوخنا بنيسابور.

فرع آخر

لو استأجر طحاناً لطحن تسعة أقفزة بالقفيز العاشر منها جاز لأنه حصل تسعة أعشاره معقوداً عليه وعشرة معقوداً به.

فرع آخر

قال في «البويطي»: ومن اكترى ظهراً في بلدٍ يحمل له طعاماً فوجد الطعام قد ضاع فالكراء لازم له ويكريها من شاء على مثل حمولته، فإن لم يفعل حتى ذهب الوقت الذي لو حمله فيه يرجع إلى بلده لزمه كل الكراء لأنه قابض لها.

فرع آخر

قال: ولو تكارى ظهراً ووجهها إلى بلدٍ تحمل له طعاماً وليس معها وكيله فلم يجد الطعام فعلى صاحب الظهر أن يأتي الوالي فيخبره حتى يطلب له الكراء، فإن لم يصب السلطان فرجع [١٨٢/ب] فليس له في الرجوع شيء وله حصة الذهاب فارغة.

فرع آخر

قال ابن القاص: قال الشافعي: ولا يجوز أن يشتري لبناً على أن يسلمه إليه مطبوخاً قال ابن القاص: وهكذا لا يجوز أن يدفع خفاً إلى إسكافٍ على أن ينعله بدرهم والنعل من عند الإسكاف إلا أن يقدر لثمن النعل وللأجرة شيئاً فيجعله عقدين، وهكذا نعل الدواب وهكذا لو دفع جبةً إلى ندافٍ بأجرة معلومة والقطن من عنده قال ابن القاص: وفيه قول آخر أن ذلك جائز وذلك أن الشافعي قال: ولو كاتب عبده على أن يبني له بيتاً والعمارة من عند العبد كان جائزاً إذا سمى الطوب والأحجار ومنتهى البنيان، قال أبو عبد الله الختن في «الشرح»: في جميع هذه المسائل مع مسألة الكتابة قولان **أحدهما**: لا يجوز لأنه في معنى

ما نهى النبي ﷺ عنه من بيعتين في بيعةٍ[1] ولأن قسط كل واحدٍ من العقدين من العوض مجهول فلا يجوز، **والثاني**: يجوز لأن جملة العوض معلومة كما يجوز شراء الأعيان المختلفة بثمن واحد، وإن لم يعلم قسط كل عين من الثمن قال ابن القاص: إلا في الرضاع فإنه يجوز الجمع فيه بين اللبن والكفالة قولاً واحداً، وكذلك نص الشافعي أنه يجوز أن يدفع ثوباً إلى صباغ ليصبغه بصبغه، قال ابن القاص: ويجوز أن يدفع المصحف إلى الوراق ليكتبه بحبره قلته تخريجاً، وذلك إنما جاز للحاجة إليه لأن إفراد اللبن بالعقد لا يجوز لأنه مجهول فجوّز على طريقة التبع لغيره، وكذلك مقدار الصبغ الذي يحتاج إليه والحبر الذي يكتب به مجهول المقدار فجرى فيه العفو والمسامحة.

فرع آخر

لو استأجر بعيراً عقبةً جاز نص عليه في «الأم» وذلك أن يركب زماناً ويمشي زماناً بقدره وإنما كان كذلك لأنه يجوز أن يكتري البهيمة ليركبها جميع المسافة فجاز أن يكريها ليركبها بعضها [١٨٣/أ] ولأنه يكون بمنزلة ما اكترى نصف البهيمة وذلك جائز، فإذا ثبت هذا فإنه يركب ويمشي على حسب العادة، فإن كانت العادة تقدير ذلك بالزمان كأنه يركب ليلاً ويمشي نهاراً عمل على ذلك، وإن كانت العادة تقديره بالمسافة كأنه يركب فرسخاً ويمشي فرسخاً عمل على ذلك فإن طلب أن يركب ثلاثة أيام ويمشي ثلاثة أيام قال الشافعي: لم يكن له ذلك لأن ذلك يضر بالبعير لاتصال الركوب عليه، وكذلك إن طلبه صاحبه للبعير لم يكن له ذلك لأن ذلك يضر بالراكب لاتصال الركوب عليه، وكذلك المشي عليه وأما زمان العلف وزمان النزول للاستراحة لا يحسب من ذاك لأن هذا ليس بزمان الركوب، وإن طالبا أن يركب يوماً وليلةً وينزل يوماً وليلة أجيب إلى ذلك، ولو اكترى داراً للسكنى هكذا يجوز أن يسكن ثلاثة أيام ويفرغ ثلاثة أيام لأن العقار لا يستضر به، ولو اكترى اثنان بعيراً ليتعاقبا عليه يجوز أيضاً.

وقال المزني: لا يجوز لأن الذي يركب بعد الأول لا يتصل انتفاعه بالعقد وهذا يبطل عقد الإجارة وهذا غلط لأنهما إذا اكتريا ملكا جميعاً منافع الركوب بينهما، ألا ترى أنهما لو اكتريا البعير من واحدٍ جميعاً صح فثبت أنهما ملكا المنافع على وجه الإشاعة إلا أنه لا يمكنهما أن يستوفيا جميعاً فيتقدم أحدهما: على الآخر وذلك لا يقدح في العقد، ألا ترى

(١) أخرجه الترمذي في البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة (١٢٣١) والنسائي في البيوع، باب بيعتين في بيعة وهو أن يقول أبيعك هذه السلعة (٤٦٣٢) وأحمد في «مسنده» (٦٥٩١).

أنهما لو اشتريا طعاماً من صبرةٍ فإن أحدهما: يقبض قبل الآخر ولا يكون ذلك تأخير التسليم، فإذا ثبت هذا فإن اتفقا على أن يبدأ أحدهما: ركب، وإن اختلفا أقرعنا بينهما لتساوي حقهما، وقال ابن القاص: يجوز اكتراء الحمولة للركوب معينة ومضمونة في الذمة إلا للعقب فإنه لا يجوز إلا مضمونة في الذمة وقد ذكره المزني في «الجامع الكبير» تخريجاً على قياس المذهب وهذا اختيار القاضي الطبري لأنه إن اكتراه [١٨٣/ب] رجلان لم يمكن تسليمه إلا إلى أحدهما: وتسليمه إلى الآخر غير ممكن فلا يصح، وإن اكتراه واحدٌ عقبة شرط قطع التسليم في معقود عليه معين وذلك لا يجوز وهذا المعنى موجود أيضاً في اكتراء الاثنين فلم يجز إلا مضموناً في الذمة وهذا ظاهر صحيح عندي، وقال القفال: يجوز إذا لم يكن الجمل معيناً ويمكن أن يكتري معيناً أيضاً بأن يكترياها معاً من صاحبهما من غير شرط العقب ثم بهابيائها بينهما فيركبها هذا يوماً وهذا يوماً وهذا عندي إذا أمكن أن يركبا معاً، فإن لم يكن هكذا لا يجوز كراءهما للركوب معاً.

فرع آخر

لو دفع رجلٌ إلى سقاء قطعةً وأخذ الكوز وشرب منه الماء فوقع الكوز من يده وانكسر يلزمه الضمان لأنه لا يلزمه تسليم الماء في كوز نفسه، فإذا أعطاه قائماً فإنما هو بمنزلة العارية يكون مضموناً عليه هكذا ذكره القاضي الطبري ويحتمل عندي وجهاً آخر أنه لا يضمن لأن القطعة إنما يدفع عوضاً عن الماء ومنفعة تلك الآنية أيضاً، ولكن إن كان وقوع الكوز بتفريطٍ من جهته مثل دسمٍ كان في يده أو ضعفٍ في استمساكه ضمن، وإن كان بصدم إنسانٍ أو بعارضٍ عرض من هدمٍ أو غلبة ريح أو علة اعترضت لا يضمن والله أعلم.

فرع آخر

قال المزني في «المنشود»: لو اشترى رجلٌ زيتاً من صاحب الحانوت ودفع المشتري إلى البائع الإناء ليصب فيه فوقع الإناء من يد البائع ساهياً غير متعمد لا ضمان عليه لأنه أباح له الصب فيه فهو بمنزلة وكيله قال: ولو وضعه إلى جانبه فنام فسقط عليه فانكسر ضمن لأنه أتلفه بسقوطه عليه، وعندي لو كان سقوطه بتفريطٍ منه على ما ذكرت يضمن أيضاً.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو اكترى منه دواب على أن تحمل له خمسة أعبد من بلد إلى بلد فمات اثنان منهم وحمل الثلاثة الباقين فليس له إلا ثلاثة أخماس الكراء.

فرع آخر

قال: ولو أن رجلاً أجر أرضاً له من رجلٍ على أن يبني المستأجر فيها بناءً معلوماً فبنى ثم حبسها يعني وقفها كان الحبس جائزاً، وقيل للباني: اقلعه إلى حيث شئت وسلم الأرض [١٨٤/أ] لأن الأرض صارت غير مملوكة لا يجوز بيعها وإنما يجعل له قيمة البناء إذا كانت الأرض مما يجوز بيعها وعندي قبل مضي مدة الإجارة لا يطالب بالقلع وبعد انقضاء المدة إن شرط عليه قلعه يلزمه القلع، وإن لم يكن شرط عليه القلع يدفع المتولي قيمة العمارة إن رأى فيه الحظ لأن الوقف ورد بعد استحقاق البناء فيها.

فرع آخر

يجوز استئجار الرجل ولده للخدمة خلافاً لأبي حنيفة ووافقنا أنه يجوز لغير الخدمة.

فرع آخر

لو كان بينهما حنطة مشتركة فاستأجر **أحدهما**: صاحبه ليطحنها جاز خلافاً لأبي حنيفة ووافقنا على أنه لو استأجر جوالقاً ليجعل فيه حنطة مشتركة جاز.

فرع آخر

لو استأجر إلى مكة بعيراً لم يكن له أن يحج عليه إذا وصل إليها، ولو استأجره ليحج عليه كان له أن يركبه إلى منا ثم إلى عرفة ثم يركبه من عرفة إلى مزدلفة ثم إلى منا ثم إلى مكة لطواف الإفاضة، وهل له أن يركبه عائداً إلى منا ليبيت بها ويرمي أم لا؟ فيه وجهان **أحدهما**: له ذلك لأنه من بقايا الحج، **والثاني**: ليس له ذلك لإحلاله من الحج.

فرع آخر

لو تعادل رجلان على بعيرٍ استأجراه فارتدف معهما ثالث ركب بغير أمرهما لزمه أجرة المثل لمالكه ولزمه ضمان البعير إن تلف وفيه ثلاثة أوجه **أحدها**: النصف اعتباراً بجنس الإباحة والحظر، **والثاني**: الثلث اعتباراً بأعدادهم دون وزنهم وبه قال أبو حنيفة لأن الرجال لا يوزنون فيما لا يعتبر فيه الثقل والخفة والحمل مما يعتبر ذلك لتقسيط الأجرة عليه لجاز أن يوزنوا وإن كانوا رجالاً.

فرع آخر

لو كان الراكبان أذنا للرديف أن يركب معهما ضمنوا جميعاً البعير إن تلف ورب البعير بالخيار في الرجوع على أيهم شاء فإن رجع على الرديف بما ذكرنا من الأوجه، وإن رجع

على أحد الراكبين، فإن كان البعير مع [١٨٤/ب] الجمال ففي قدر ما يضمنه ثلاثة أوجه كالرديف ويرجع بها الغارم على الرديف بعد غرمها، وإن كان البعير معهما دون الجمال ضمنا جميع قيمتها ولم يرجع الغارم منهما على الرديف بعد غرمها إلا بقدر ما كان يلزم الرديف منها على الأوجه الثلاثة.

باب تضمين الأُجراء[١]

مسألة: قال: الأجراءُ كلهم سواءٌ.

الفصل

وهذا كما قال: الأجير هو المستأجر للعمل على مال الغير كالصانع والصائغ والحائك والقصار والخياط والنجار والخباز والراعي والرائض والمؤدب يسلم إليه العبيد، فإذا استؤجر واحد منهم لشيء مما ذكرنا لم يخل من أحد أمرين إما أن تكون يد المكتري على ملكه أو لا تكون له عليه يد، فإن كانت يده على ملكه وهو أن يكون صاحبه معه فيعمله بحضرته أو حمل الصانع إلى بيته ليعمل فيه أو استأجره ليرعى ماشيته في ملكه ولا يخرجها منه فلا ضمان عليه قولاً واحداً لأن الشيء في يد صاحبه نص عليه في «الإملاء» قال ابن سريج: وهذا في الحقيقة استعانة به فإن تعدى في شيء منها يلزمه الضمان بالتعدي والجناية، وإن لم تكن يد مالكه عليه وهو العادة فسلم إليه ملكه حتى ثبتت يده عليه هل يلزمه ضمانه؟ قولان:

أحدهما: لا ضمان عليه وهو اختيار المزني وبه قال عطاء وطاووس وزفر وأحمد وإسحاق لأنه قبض الشيء لمنفعة نفسه ومنفعة مالكه فلا يضمن إلا بالتعدي كالعامل في القراض وكالمرتهن.

والثاني: يلزمه الضمان وقبضه قبض ضمانٍ وبه قال مالك وابن أبي ليلى، وروي عن عمر وعليّ رضي الله عنهما قال الشافعي: كان عليّ رضي الله عنه يضمن الأجراء ويقول: لا يصلح الناس إلا هذا[٢] ووجهه أنه قبض الشيء لمنفعته من غير استحقاق فيضمنه بالقبض كالمستعير.

ومن أصحابنا من قال: قول واحد لا ضمان عليه إلا بالتعدي لأن الربيع قال: كان

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٤٢٥).

(٢) أخرجه الشافعي في «الأم» (٧/ ٩٦).

اعتقاد الشافعي أنه لا ضمان عليهم ولكنه كان لا يبوح به مخافة أجراء [١٨٥/أ] السوء وكذلك كان عنده أن الحاكم يحكم بعلمه ولكنه كان لا يبوح به مخافة قضاة السوء أو مخافة فساد القضاة والقول الآخر حكاية مذهب الغير وقصد به تزييف قول من يفصل بين أن يتلف بعمله الذي لم يتعدّ فيه أو دون عمله.

وروى الحارث أن الشافعي سلم بمصر ثياباً مرتفعةً إلى قصارٍ فاحترق دكان القصار واحترقت الثياب فتشفع القصار إليه بقومٍ في الصبر عليه إلى أجلٍ فقال: لا أضمنه شيئاً لأنه لم يصح عندي أن الصنّاع يلزمهم الضمان هذا إذا كان الأجير مشتركاً وهو يعمل له ولغيره يكون مشتركاً بين الناس كلهم. فأما الأجير المنفرد وهو إذا استأجر رجلاً شهراً ليعمل له عملاً فمنفعته في هذه المدة صارت مستحقة لهذا المستأجر وليس له أن يعمل فيها لغيره، قال في «الإفصاح»: فيه قولان أيضاً ولا فرق بين الأجير المشترك والمنفرد، لأن الشافعي قال: والأجراء كلهم سواء.

ومن أصحابنا من قال: لا ضمان على الأجير المنفرد قولاً واحداً وهذا اختيار ابن أبي أحمد لأن منفعته صارت مملوكة للمستأجر، فإذا سلم ثوبه إليه فهو في الحكم في يده وقبضه وكان بمنزلة ما لو حمل الصانع إلى بيته والطريقة الأولى أصح، وقال في «الحاوي»: الخياط الذي يعمل في دكان نفسه لرجلٍ واحدٍ ولا يعمل لغيره ومستأجره غائب عنه قال أبو إسحاق: وهو مذهب البصريين هو في حكم الأجير المنفرد لاختصاصه بمستأجر واحد.

وقال ابن أبي هريرة: وهو مذهب البغداديين هو في حكم الأجير المشترك لاختصاصه باليد والتصرف دون المستأجر وقيل: صورة المشترك أن يستأجره ليعمل له شيئاً، وقال له: اعمل فيه في أي موضعٍ شئت فجعله شريكاً في الرأي والتدبير. والمنفرد أن يقول له: اعمل في هذا الموضع ولا تعمل في غيره، والصحيح في صورة المشترك والمنفرد ما ذكرنا أولاً، وقال أبو يوسف ومحمد: إن تلف بأمر ظاهرٍ كالحريق [١٨٥/ب] والنهب لا ضمان، وإن تلف بغير ذلك ضمن.

وقال أبو حنيفة: إن تلف بفعله ضمن وإن دقَّ دقّ مثله ولم يتعدَّ إذا كان مشتركاً، وإن كان منفرداً لا يضمن وإن تلف بغير فعله لا ضمان أصلاً وهذا غلط لأن الضمان بالخرق عند الدق، وإن كان بالتعدي فلا فرق فيه بين المنفرد وغيره، وإن لم يكن بالتعدي فيجب أن يضمنا أيضاً، وإن كان التلف من غير التعدي فعلهما وعندنا إذا لم يبالغ في غسل الثوب ودقّه مبالغة تؤدي إلى حرقه أو خرقه لا يضمن.

واحتج المزني على اختياره بثلاثة أشياء.

أحدها: قال: قطع الشافعي بأن لا ضمان على الحجام يأمره الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبيطر دابته.

والثاني: قال: ما علمت أحداً ضمن الراعي المنفرد بالرعي.

والثالث: قال: قال الشافعي: لو اكترى رجلاً ليحفظ متاعه في دكانه فاحترق المتاع لا ضمان عليه. قال: فإذا ألقوا عن هؤلاء الضمان لزمهم إلقاؤه عن الصناع يعني بذلك أن الضمان إذا كان ساقطاً عن الأجير المشاهد والأجير المنفرد فكذلك يجب أن يكون الضمان ساقطاً عن الأجير المشترك قال أصحابنا: لا فرق بين هذه المسائل وبين ما ذكرنا من مسألة القولين، وإنما قال الشافعي: لا ضمان على هؤلاء لأن الغالب أن الغلام يُختن في يد صاحبه وبيته ويحجم هكذا، وكذلك البيطار يبيطر في بيته أو في يده وصاحبها يكون معها فأما إذا أخذ الغلام أو الدابة وانفرد بهما فالمسألة على قولين أيضاً، وأما الأجير الذي في حانوته يحفظ متاعه فهو في ملكه والمتاع في يد صاحبه، وأما الراعي إن كان يرعى لا في ملكه فقولان أيضاً فلا ينتفع المزني بما أورده، وإن كان الصحيح ما اختار من القولين ثم قال الشافعي: ما أعلم أني سألت أحداً منهم ففرق بينهما وهذا يوهم أن الفقهاء لم يفصلوا بين المنفرد والمشترك وليس كذلك فإن أهل العراق يفصلون بين هذين الأجيرين وإنما أراد الشافعي بذلك فرق المعنى لا فرق المذهب أي: ما سألت أحداً منهم عن الفرق بين الأجير [١٨٦/أ] المنفرد، وبين الأجير المشترك إلا عجز عن الفرق.

فرع

إذا قلنا بالقول الضعيف كيف يضمن؟ وجهان **أحدهما**: يضمن أكثر ما كانت قيمته من حين قبض إلى حين أن تلف كالمغصوب وهذا اختيار أبي حامد، **والثاني**: يضمن قيمته يوم التلف ولا يضمن الزيادة الحادثة في يده لأن الشيء كان في يده بإذن صاحبه ولم يكن مأموراً برده عليه في كل حالٍ قال القاضي الطبري: ويجب أن يكون ضمانه ضمان المأخوذ سوماً إذا تلف عنده على هذا الوجه. وأما نقصان الجزء من يوم قبض مضمون عليه بلا إشكال.

فرع آخر

الأجرة هل تلزم للأجير؟ ينظر فإن تلف الشيء قبل العمل لا أجرة له، وإن كان بعد الفراغ من العمل نظر، فإن كان الشيء في يد صاحبه استحق الأجرة لأن العمل صار مقبوضاً لصاحبه وكل ما عمل جزءاً من العمل استقر أجرته اللهم إلا أن يبتدئ بالتلف أول ما يعمل

فلا يستحق، وإن كان في يد الأجير فلا أجرة له لأنه لم يسلم العمل، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا قصره القصار ثم تلف عنده فإن قلنا: القصارة عينٌ لا أجرة له لأن العين تلفت قبل التسليم، وإن قلنا: أثر فله الأجرة وفي هذا نظر.

فرع آخر

إذا عمل الأجير ما استؤجر عليه هل له حبس المال عن مالكه لاستيفاء الأجرة؟ قال أبو يعقوب الأبيوردي: إن لم يكن له أثر قائم فيه لم يكن له حبسه عن مالكه قولاً واحداً، وإن كان له عين مال فيه كالصبغ ونحوه له حبسه لأخذ الأجرة إذا جعلنا للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن، وإن كان له فيه أثر كالقصارة والخياطة والتصبيغ بصبغ المالك فيه قولان مخرجان بناءً على أن هذه تجري مجرى الأعيان أو الآثار، وفيه قولان ذكرناهما في التفليس فكل موضع قلنا له الحبس فحبس ثم تلف بغير جناية أحدٍ سقطت أجرته كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل التسليم، واختار الصيمري أنه ليس لهم الحبس.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بخراسان: [١٨٦/ب] لو قصر الثوب ثم جاء متلف فأتلفه في يد القصار فالمالك بالخيار إن شاء رجع على المتلف بقيمة الثوب مقصوراً ثم يؤدي أجرة القصار، وإن شاء رجع على المتلف بقيمة الثوب غير مقصور والقصار يطالب المتلف أيضاً بأجرته، كما لو أتلف المبيع في يد البائع فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ العقد ويتبع البائع المتلف بالقيمة، وإن شاء أجاز البيع وأدى الثمن وطالب المتلف بالقيمة، ولو أتلف القصار الثوب بعدما قصر فقولان كالقولين في جناية البائع أنها كآفةٍ سماويةٍ أو كجناية الأجنبي، فإن قلنا: إنها كالآفة السماوية لا أجرة للقصار سواء جعلنا القصارة أثراً أو عيناً، وإن جعلناها كجناية الأجنبي فالمالك بالخيار بين أن يغرّم القصار قيمة الثوب مقصوراً أو يغرم له الأجرة أو يغرمه قيمة الثوب غير مقصور ولا أجرة له وهذا كله على ما ذكرنا أن القصارة تصير مسلَّمةً من صاحب الثوب وهذا لا يصح لأن القصارة، وإن كانت أثراً لا بد من أن تصل إلى يد صاحبه وفيه الأثر حتى تتقرر الأجرة ويستقر حكم العمل فلا وجه لهذا القول والله أعلم.

فرع آخر

لو سلّم مملوكاً أو حراً إلى رجلٍ ليعلمه الحرفة بأجرةٍ فمات قال صاحب «التلخيص»: لا ضمان عليه قلته تخريجاً، وقال أبو عبد الله الختن في شرح «التلخيص»: أما الحر فلا يضمنه لأن اليد لا تثبت على الحر، وأما العبد فإن أخذ وغاب معه فالقياس فيه أنه على

قولين كما ذكرنا في الأجير ويحتمل أنه أراد به إذا كان يعلمه في بيت صاحبه أو حانوته.

فرع آخر

إذا استأجر رجلاً ليحمل له طعاماً على ظهرٍ أو في سفينة فحمله فتلف في الطريق، فإن كان صاحبه معه فلا ضمان على الأجير إلا أن يتعدى فيه فإن تعثر فهلك لا ضمان وله الأجرة ذكره الصيمري، وإن لم يكن صاحبه معه نظر، فإن تعدى فيه ضمنه، وإن لم يتعدّ فيه فعلى قولين.

فرع آخر

لو استأجر الملاّح مداداً له السفينة فهلكت في يده فإن نسب إلى تعدٍّ أو تفريطٍ ضمن وإن لم ينسب، فإن كان الملاّح حاضراً لم يضمن، [١٨٧/أ] وإن كان غائباً فعلى اختلاف أصحابنا هل يكون منفرداً أو مشتركاً.

فرع آخر

الحمَّامي إذا تلفت ثياب الناس عنده هل يضمن أم لا؟ اختلف أصحابنا فيما يأخذه من العوض هل هو ثمن الماء أو أجرة الحفظ والدخول **أحدهما**: أنه ثمن الماء ويكون متطوعاً بحفظ الثياب ومعيراً للسطل، فعلى هذا لا يضمن الثياب إن تلفت وله غرم السطل إن هلك، **والثاني**: أنه أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب فعلى هذا لا غرم في السطل إن هلك ويكون في ضمان الثياب كالأجير المشترك.

فرع آخر

لو تلف المتاع في يد الوكيل بجعلٍ، فإن كان منفرداً لم يضمنه، وإن كان مشتركاً فيه قولان.

فرع آخر

لو وكل في شراء متاعٍ بجعلٍ يكون أجيراً في الشراء مأذوناً له في قبض المبيع فإن تلف عنده المبيع لم يضمنه، وإن تلف الثمن فيه قولان.

مسألة: قال: وإن استأجر من يخبز له خبزاً معلوماً في تنّور أو فرنٍ.

الفصل

وهذا كما قال: الفرن التنور الكبير الواسع الذي يخبز فيه الكعك وهو الفراني وذلك

أنه يُسجَّر حتى يحمى فإذا حمي واشتد حماه أخذت النار والجمر والرماد من تحته ونظف أسفله ثم طرح في أسفله عجين حتى ينضج بحمى التنور ويحمرّ، فإذا استأجره ليخبز له فاحترق نظر، فإن كان معه صاحبه فلا ضمان إلا بالتعدي، وإن لم يكن معه صاحبه، فإن كان قد تعدى فيه ضمن، وإن لم يكن تعدى فيه قولان على ما ذكرنا في الأجير المشترك، ووصف الشافعي صفة التعدي فقال: هو أن يلزقه في حال استيقاد التنور وشدة حموه أو يلزقه بعد سكون وهجه واعتدال التنور ولكنه تركه في التنور بعد نضجه حتى احترق فعليه الضمان، قال الشافعي: وإن كان حاضراً فعمل الأجير عملاً فقال: هذا تعدي فيه، وقال الأجير: بل هو صلاح له رجع فيه إلى أهل البصر به فإن قال عدلان: إنه ليس تعدٍّ [١٨٧/ب] لم يضمن، وإن قالا: هو تعدٍّ ضمن، وإن لم تكن بينة كان القول قول الأجير مع يمينه.

فرع

لو استأجر أجيراً شهراً ليخبز له ألف رطلٍ من الخبز فالإجارة باطلة لأنه لا يجوز أن يجمع بين عملٍ مقدرٍ ومدة محصورة، ولأن الوصف مجهول لأن الرغفان تختلف في القلة والكثرة والصغر والكبر، ولو اقتصر على قوله: ألف رطلٍ خبزاً ولم يذكر المدة كان باطلاً لهذا المعنى فكيف إذا ذكر المدة؟ وقول الشافعي: ولو استأجر من يخبز له خبزاً معلوماً معناه حصر وزنه وعدده وقدره إلى سائر ما يجب حصره على أن يكون عملاً معلوماً في ذمته غير متعلقٍ بمدةٍ معلومة معينة مقدورة ويجوز للأجير حينئذ عقد إجارة ثانية وثالثة مع من شاء هكذا ثم يقسّط أيام العمل على الأعمال بقدرها فيعمل لكل واحدٍ منهم يوماً أو يومين ويقرع بينهم ليرتّب بعضهم على بعضٍ إن تشاجروا ويستوي فيه المتقدم والمتأخر من المستأجرين، كما يستوون في الديون قديمها وحديثها ذكره أبو عبد الله الختن.

مسألة: قال: وإن اكترى دابةً فضربَهَا أو كبحَهَا باللجَامِ[1].

الفصل

وهذا كما قال: هذه المسألة ليست من مسائل الأجراء وإنما ذكرها هنا ليبين الفرق بين الأجير إذا تلف الشيء في يده، وبين المستأجر إذا تلف المؤاجر في يده فقال: إن المؤاجر لا يضمن باليد قولاً واحداً وإنما يضمن بالتعدي فإذا اكترى دابةً فضربها أو كبحها باللجام فماتت، فإن كان القدر الذي فعله من الضرب والكبح مثل ما يفعل في العرف والعادة لم يضمن وبه قال أبو يوسف ومحمد، وإن خرج عن العرف والعادة فيه ضمن لأنه صار

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/٤٢٨).

متعدياً، وقال أبو حنيفة: يضمن في الحالتين وليس للمستأجر أن يضرب الدابة ما لم يأذن له المالك في ضربها وهذا خطأ لما روي أن النبي ﷺ قال: «اضربوها على العثار ولا تضربوها [١٨٨/أ] على النّفار»[١] يعني أنها في العثار ساهية فالضرب يوقظها وفي النّفار تزاد بالضرب نفوراً فإن قاسوا على ضرب الزوج زوجته يوجب الضمان إذا أدى إلى التلف قلنا: الفرق أنه يمكن تأديبها بالكلام والتخويف فجوّز الضرب بشرط السلامة، فإذا تلف ضمن وها هنا لا بد من الضرب فلم يضمن.

مسألة: قال: فأما الرّواض فإنَّ شأنهم استصلاحُ الدوابِ[٢].

الفصل

وهذا كما قال: الرائض إذا ضربها فتلفت، فإن كان زاد في ذلك على ما جرت به عادة الرّواض كان ضامناً لها سواء كانت في يده أو في يد صاحبها، وإن كان ضربها ضرباً جرت العادة من الرّواض به، فإن كانت في يد صاحبها لا ضمان، وإن كان منفرداً بها فعلى القولين، والشافعي لم يبيّن أن هذا من مسائل القولين وأصحابنا ذكروا ما قلنا، واعلم أن تسيير الرائض الدابة وضربه إياها أكثر في العادة من تسيير الراكب المستأجر وضربه لأن المستأجر لا يضربها إلا عند الحاجة وهو إذا وقفت أو عثرت والرائض يضربها في حال السير لأنه يقصد به التقويم والرياضة فيجب الرجوع في ضرب الرائض وحمله عليها بالسير إلى أهل البصر بالرياضة على ما بيناه.

مسألة: قال: والراعي إذا فعلَ ما للرعاةِ أنْ يفعلوهُ ممَا فيه صلاحٌ لم يضمن، فإن فعل خلاف ذلك ضمن وهذا أيضاً على أحد القولين على ما ذكرنا ثم قال المزني: وهذا يقضي لأحد قوليه بطرح الضمان كما وصفتُ يقال له: هذا جواب على أحد القولين فكيف تحتج به ولا حجة فيه؟.

مسألة: قال: ولو اكترى لحملِ مكيلةٍ وما زاد فبحسابه[٣].

الفصل

وهذا كما قال: اختلف أصحابنا في تأويل فمنهم من قال: معناه إذا قال: احمل لي

---

(١) ذكره ابن قتيبة في «**تأويل مختلف الحديث**» (١/ ٥٠).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٤٢٩).

(٣) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٤٣٠).

هذا الصبرة وهي عشرة أقفزة بكذا وكذا وما زاد من طعام فبحسابه [١٨٨/ب] صحت الإجارة في الصبرة، ولم تصح في الزيادة لأن الزيادة غير مشاهدة ولا موصوفة وهكذا في البيع لو قال: بعتك هذه الصبرة وهي عشرة أقفزة بكذا وكذا وما زاد بحسابه صح البيع في الصبرة ولم يصح في الزيادة، ومنهم من قال: تأويله أنه قال: إن زادت هذه الصبرة على عشرة أقفزة فبحسابه يصح في العشرة لأنها متيقنة ولا يصح في الزيادة لأن وجودها غير متيقن فلم يصح تعليق العقد عليه فعلى هذا إن كانت الزيادة متيقنة يجوز هكذا ذكره أبو حامد.

ومن أصحابنا من قال: لا تصح في الزيادة، وإن كانت متيقنة لأنها غير مقدرة بمقدار معلوم ولا مشاهدة لأن الإشارة إليها غير ممكنة، ألا ترى أنه إذا قال: بعتك هذه الصبرة إلا مداً لم يجز لأن ما عدا المد ليس بمشاهد مشار إليه ولا مقدر بمقدار معلوم ذكره القاضي الطبري، فإن قيل: هلاّ قلتم: إن العقد إذا فسد في بعضه فسد في كله لأن العقد إذا فسد في بعضه للجهالة فسد في جميعه كما لو قال: أجرتك هذه الدار كل شهرٍ بكذا لم يصح العقد في الشهر الأول ولا في الأشهر الباقية، أو هلاّ قلتم: يبنى على القولين في تفريق الصفقة لأن العقد تناول ما يجوز وما لا يجوز قلنا: العقد على المكيلة المعلومة منفصل عن العقد على الزيادة فهما عقدان مختلفان لأن المكيلة قد صح العقد عليها بأجرتها ثم عقد على الزيادة بمثل أجرتها فكان هذا العبد منفصلاً عن الآخر كما لو قال: بعتك هذه السلعة بألف درهمٍ، وبعتك هذا العبد بمثل ثمنها كانا عقدين وكان له أن يقبل أحدهما: ويرد الآخر ولم يفسدْ ها هنا أحد العقدين لفساد الآخر.

وقال أبو إسحاق: تأويلها أنه كان له صبرتان حاضرة وغائبة فقال: اكتريتك لتحمل هذه الصبرة كل قفيز بدرهم [١٨٩/أ] والغائبة بحساب ذلك صح في الحاضرة وبطل في الغائبة لأنهما عقدان **أحدهما**: على الحاضرة، **والثاني**: على الغائبة، ولو قال: لنقل هذه والتي في البيت كل قفيز بدرهمٍ بطل في الغائبة وفي الحاضرة حينئذ قولان والتأويل الأول أوضحها وأشبه بكلام الشافعي.

فرع

لو قال: استأجرتك على أن تحمل لي عشرة أقفزة من هذه الصبرة بكذا على أن ما زاد عليها بحسابه كان العقد باطلاً في الجميع لأنهما عقدان جعل **أحدهما**: شرطاً في الآخر، فهو كما لو قال: بعتك هذا بألفٍ على أن أبيعك هذا بمثله.

فرع آخر

لو قال: استأجرتك على أن تحمل هذه الصبرة كل قفيز بكذا جاز كما يجوز البيع، وقال ابن أبي هريرة: يحتمل أن يكون باطلاً في البيع والإجارة والأول هو المذهب، وقال أبو حنيفة: يصح في قفيز واحد، كما لو قال: آجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم يصح في الشهر الأول وهذا غلط لأن الصبرة معلومة الجملة بالمشاهدة والشهور غير معلومة.

فرع آخر

لو قال: تحمل هذه الصبرة بجملتها بعشرة دراهم يصح أيضاً لأن الصبرة معلومة بالمشاهدة والأجرة معلومة.

فرع آخر

لو قال: لتحمل من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فالإجارة فاسدة لأن من تقتضي التبعيض وهو مجهول.

مسألة: قال: ولو حملَ لهُ مكيلةً فوجدتْ زائدةً[1].

الفصل

وهذا كما قال: لو اكترى دابةً ليحمل عليها عشرة أقفزة طعاماً إلى موضعٍ معلومٍ فحمل فوجد الطعام هناك زائداً فالكلام في ثلاثة فصول في الأجرة، وفي الضمان إنْ هلكتْ الدابة وفي الطعام ما الذي يصنع به وجملته أنه لا يخلو الذي كال الطعام من ثلاثة أحوالٍ، إما أن يكون المكتري أو المكري [١٨٩/ب] أو الأجنبي، فإن كان المكتري هو الذي اكتاله مثل أن قال له المكري: تول الكيل أنت وحصّله في الفرائد ففعل فوجد زائداً فعلى المكتري المسمى وأجر المثل في الزيادة لأنه استوفى المستحق وزاد، وأما ضمانها إذا تلفت تحت الطعام نظر، فإن لم يكن يد صاحبها عليها فقد ضمنها باليد فلزمه كمال قيمتها، وإن كانت يد صاحبها عليها فالضمان ضمان الجناية وقد تلفت من مستحق وغير مستحق فكم يضمن؟ قولان ذكرهما في «الإملاء» **أحدهما**: نصف قيمة الدابة، **والثاني**: القسط من المكيلة فإن حمل خمسة زيادة يلزم ثلث الضمان.

ومن أصحابنا من قال: يجب القسط قولاً واحداً لأن أثر المكاييل في الدابة لا

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٤٣١).

يتفاوت غالباً بخلاف ما لو زاد على الحد سوطاً لأنه قد يكون لسوطٍ واحدٍ من التأثير ما لا يكون لغيره، وأما الطعام فقد حصّل طعام نفسه هناك يفعل به ما شاء، وإن كان المكري اكتال فقد تعدى بحمل الزيادة فعليه ضمان تلك الزيادة إن تلفت ولا أجرة له فيها ولا ضمان للبهيمة على أحدٍ، وأما الطعام فقد وجده صاحبه في ذلك الموضع الذي حمل إليه فله أخذ طعامه هناك، فإن قال المكري: أنا أرده إلى موضعه لم يكن له ذلك، وإن اختار صاحب الطعام أن يكلفه رده إلى ذلك الموضع يلزمه رده لأنه نقله من غير أمره، وإن رجع صاحب الطعام إلى الموضع الذي حمل منه الطعام فصادف المكري هناك فطالبه ببدل الطعام هناك قال الشافعي في «الأم»: لرب الطعام مطالبته برده إليه، وقيل: له مطالبته ببدل طعامه، ونقل المزني: له مطالبته ببدله وترك أصل قوله.

واختلف أصحابنا فيه على طريقين فمنهم من قال: رب الطعام بالخيار بين مطالبته برده وبين مطالبته ببدله، وكلام الشافعي على هذا يحمل على التخيير فعلى هذا إن كلفه الرد فلا كلام وإن كلفه البدل [١٩٠/أ] وأخذ منه البدل ملك ولم يملك المكري المبدل فإذا رد المكري عين الطعام إلى موضعه انتقص ملك صاحبه عن البدل الذي أخذه، ومن أصحابنا من قال: لرب الطعام مطالبته بالرد وليس له مطالبته بالبدل لأنه غاصب قادر على رد عين الطعام بخلاف الآبق فإن الغاصب لا يقدر على رده، قال هذا القائل: قول الشافعي: قد قيل له مطالبته بالبدل حكاية مذهب الغير، وقال أبو إسحاق: هذا إذا اتفقا على الزيادة فإن اختلفا فيها فالقول قول المكري لأن يده عليها وهذا إذا كانت الزيادة متفاوتة، فإن كانت يسيرة كالمكوك والمكوكين فلا أجرة لذلك ولا ضمان بهيمة لأنه لا يمكن الاحتراز منه كما نقول في بيع الوكيل بما يتغابن الناس بمثله لا يمنع صحة البيع، وإن كان الكيال أجنبياً تراضيا به فعلى الكيال أجرة مثله للمكري والحكم ضمان البهيمة ورد الطعام وأخذ بدله على ما مضى فيكون الأجنبي كالمكري في حق المكتري وكالمكتري في حق المكري وقد بيناه.

فرع

لو اكتال صاحب الطعام ولكن أوقره الجمال فيه وجهان **أحدهما**: التدليس من جهة صاحب الطعام فهو كما لو أوقره بنفسه، **والثاني**: أنه كما لو اكتال الجمَّال بنفسه وأوقره لأن صاحب الجمل هو المفرط وكان يجب أن ينظر ويتأمل ويبحث عنه ولا يدخل فيه إلا على ثقةٍ وعلم به فإذا قصر لم يعذر وهذا مبني على القولين في رجل طرح في طعامه سماً وناوله إنساناً فأكله هل يضمن؟ قولان.

فرع آخر

لو اكتال الجمال زائداً فقال رب الطعام في الموضع الحاصل فيه ردها إلى الموضع الذي حملت منه، وقال الجمال: أنا اضمن لك وأرد مثلها في ذلك الموضع فيه وجهان **أحدهما**: قاله أبو إسحاق وابن أبي هريرة القول قول رب الطعام كما في الغاصب، **والثاني**: القول قول الجمال ويأخذ الزيادة مضمونة [١٩٠/ب] ليرد مثلها في الموضع المحمول منه لأن الزيادة لما اتصلت فارقت حكم الغصب. وإن كان المحمول مما لا مثل له كالسويق أو الدقيق لزم الجمَّال رد الزيادة بعينها إلى البصرة في الوجهين جميعاً.

مسألة: قال: ومعلم الكتاب والآدميين مخالف لراعي البهائم.

الفصل

وهذا كما قال: إذا ضرب المعلم صبياً فمات، أو ضرب الزوج زوجته فماتت وكان الضرب بحيث لا يقتل مثله غالباً فالدية تجب على عاقلته في ثلاث سنين قولاً واحداً، وتكون الدية مغلَّظة لأن ذلك شبيه العمل، وإن كان ضرباً يقتل في الغالب يجب القصاص عليهما لأنه قتل عمد ولا فرق بين أن يضرب بإذن والده أو بغير إذنه لأن الضمان فيه لا يسقط بإذن الغير. ولو كان عبداً فضربه بإذن سيده ولم يجاوز القدر المأذون فمات لم يضمن، ولو قال: أدّب عبدي فضربه فمات قال القفال: يضمن لأنه بان لنا أنه كان متعدياً بضربه، وكذلك الإمام إذا ضرب رجلاً في التعزير فمات يضمن قولاً واحداً، وقال أبو حنيفة: لا يضمن وهذا بناء على أن التعزير عنده واجب وعندنا لا يجب.

واحتج الشافعي على أنه لا يجب بأن قال: قد فعل غير شيء في عهد رسول الله ﷺ غير حدٍ يعني ارتكبوا أشياء كثيرة سوى الحدود فلم يضرب فيها رسول الله ﷺ من ذلك الغلول في الغنيمة ومن ذلك الاعتراض على رسول الله ﷺ في قسمة الغنائم حيث قال له قائل: اعدل فإنك لم تعدل[١]، وقال له قائل: اتق الله يا محمد[٢]، وغير ذلك، وما أتى رسول الله ﷺ بحدٍ قط إلا استوفاه ولم يعف فلو كان التعزير جارياً مجرى الحد لكانت عادة الرسول ﷺ فيهما واحدة، فإذا تقرر هذا هل يلزم ضمان ذلك على عاقلة الإمام أو في بيت المال؟ قولان **أحدهما**: يلزم على عاقلته لما احتج الشافعي ها هنا أن عمر رضي الله عنه بعث إلى امرأةٍ رسولاً في شيء بلغه عنها ففزعت وكانت حبلى فأسقطت [١٩١/أ]

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

فاستشار الصحابة فقال له عبد الرحمن بن عوف: إنك مؤدب لا شيء عليك، وقال عليّ: إن كان اجتهد فيه فقد أخطأ، وإن كان لم يجتهد فيه فقد غش عليك الدية فقال عمر رضي الله عنه: عزمت عليك ألا تجلس حتى تقسمها على قومك، وروي تضربها على قومك يعني على بني عدي وهم رهط عمر بن الخطاب وهم قوم عليّ رضي الله عنه لأن قريشاً ضمهم جميعاً والصحيح من تفسير قول عليّ: إن كان اجتهد فقد أخطأ أنه أراد بذلك عبد الرحمن بن عوف، وقيل: أراد بذلك الرسول الذي بعثه عمر إليها وكأنه زاد في رسالته ما لم يقله عمر بن الخطاب وكانت تلك الزيادة سبباً للفزع فقال عليّ: إن كان اجتهد فزاد في الرسالة بالاجتهاد فقد أخطأ وإن زاد بغير اجتهاد فقد غش، والقول الثاني تجب الدية في بيت المال لأن الإمام منصوب لأمور المسلمين، فإذا أخطأ عاد خطأه إلى عامتهم بضمانه ويلزم الكفارة في ماله بكل حال، وفيه وجه آخر يلزم الكفارة في بيت المال إذا قلنا: الدية في بيت المال وقيل: في الكفارة قولان على هذا القول ذكره القاضي الطبري.

وأما الإمام إذا جنى خطأ فيما لا يتصل بالإمامة يلزم الدية على عاقلته قولاً واحداً، فإذا تقرر هذا قال الشافعي: ومعلم الكتاب والآدميين وفائدة هذا الجمع أنه لو ضم صبياً إلى رجل ليعلمه حرفة من الحرف فضربه على تعلمها فمات كان حكمه حكم معلم الكتاب في وجوب الضمان فالحق لحكم تعليم الصنائع بتعليم القرآن، وقال أبو حنيفة: إذا ضرب المعلم الصبي بأمر أبيه إذا مات لم يضمن، ولو ضربه الأب بنفسه فمات يضمن، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمن الأب والمعلم يضمن وهذا أولى من قول أبي حنيفة، وإن كان كلاهما فاسدٌ لاتفاقهم على أن الزوج يضمن ما حدث عن التأديب كذلك هذا.

مسألة: قال: ولو اختلفا في ثوبٍ فقال ربُّ الثوبِ: أمرتك أن تقطعه قميصاً[1].

الفصل

وهذا [١٩١/ب] كما قال: إذا اختلف رب الثوب والخياط فقال ربه: أمرتك أن تقطعه قميصاً، وقال الخياط: أمرتني أن أقطعه قباءً، نقل المزني عن الشافعي فيه قولين **أحدهما**: القول قول رب الثوب وبه قال أبو حنيفة، ووجهه أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله فإذا أنكر كيفية الإذن كان القول قوله أو لأنه أحدث قطعاً في ملك غيره فكان القول قول المالك فيه، كما لو اختلفا في أصل القطع، **والثاني**: القول قول الخياط وبه قال ابن أبي ليلى ومالك، ووجهه أنهما اتفقا على أنه مأذون له في القطع والأصل أنه لم يتعد

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٤٣٦).

وكان القول قوله في صفته، وقال المزني: الصحيح القول الأول.

وقال أبو إسحاق: ذكر الشافعي قول ابن أبي ليلى وأبي حنيفة واختار قول أبي حنيفة وقطع به، واحتج بأن رسول الله ﷺ قال: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[١] وذكر دلائله، وقال القاضي أبو حامد: القول قول رب الثوب في أولى قوليه، وحكى الماسرجسي عن ابن أبي هريرة أنه قال: القول قول رب الثوب قولاً واحداً، ولم يحك هؤلاء قولاً ثالثاً في المسألة.

وقال في «الإفصاح»: قال الشافعي في موضع آخر: يتحالفان وهذا اصح، وقال القاضي الطبري: ما نقله صاحب «الإفصاح» من «الجامع الكبير» وليس بمذهب الشافعي وإنما ذاك حكايةً عن غيره ولا يصح أيضاً في الاحتجاج ولهذا لم يحك سائر أصحابنا، وقال أبو حامد: نص على قول التحالف في «الإملاء» قال: وفي اختلاف الأجير والمستأجر ردهما إلى أصل السنة أنهما يتحالفان، فإذا تحالفا رد الثوب على صاحبه ولا أجرة للأجير وعليه أرش النقص فالمسألة على قولٍ واحدٍ أنهما يتحالفان وهذا لأنه لما حكى القولين في اختلاف العراقيين قال: وكلاهما مدخول، وكذا حكاه القفال وقيل: صور المسألة في «الإملاء» فيمن دفع ثوباً إلى صبَّاغ فصبغه أسود فقال رب الثوب: أمرتك بالأحمر.

وقال الصبَّاغ: بل أمرتني بالأسود يتحالفان وعلى الصبَّاغ ما نقص ووجهه أن كل واحدٍ [١٩٢/أ] منهما مدعٍ ومدعىً عليه لأن صاحب الثوب يدعي على الخياط الأرش وينكر أن يكون له عليه أجرة، والخياط يدعي الأجرة وينكر الأرش فيتحالفان فحصل في المسألة ثلاث طرق أحدها في المسألة قولان على ما ذكره القاضي الطبري وهو الأظهر، والثانية في المسألة ثلاثة أقوال، والثالثة قول واحد على ما ذكره أبو حامد ويحتمل طريقة رابعة وهي ما ذكر ابن أبي هريرة القول قول رب الثوب قولاً واحداً وهو الأقيس، وقول التحالف لا يصح لأن الاختلاف وقع في الإذن لا في الأجرة والغرم فكان القول قول الآذن، فإذا قلنا: القول قول رب الثوب فإنه يحلف ما أمره بقطعه قباء ولا يحلف لإثبات ما ادعاه من إذنه في القميص.

وقال بعض أصحابنا: ينبغي أن يحلف على النفي والإثبات فيقول: ما أمرته أن يقطعه قباء ولقد أمرته أن يقطعه قميصاً وهذا غير صحيح لأن اليمين على النفي والإثبات بالجمع إنما يكون عند التحالف الذي يصير كل واحد منهما فيه منكراً ومدعياً ولا يؤخذ ها هنا،

---

(١) تقدم تخريجه.

ولأن الغرم وسقوط الأجرة يتعلق بعدم الإذن خاصةً فلا يحتاج إلى إثبات ما أمر به، فإذا حلف رب الثوب لا أجرة للخياط وله استرجاع الخيوط إن كانت له وليس له استرجاعها إن كانت لرب الثوب، وقال ابن أبي هريرة: له الأجرة في القدر الذي يصلح القميص وهذا ليس بشيء لأنه لم يقطعه للقميص، ولو دفع رب الثوب إليه قيمة الخيوط التي لم يجبر على قبولها لأن عين ماله باق فلا يجبر على أخذ قيمته، ولو قال: أشد في طرف الخيط خيطاً آخر حتى إذا جر ذلك الخيط حصل مكانه آخر لم يجبر عليه لأنه عين ماله فلا يجوز أن يصل به شيئاً، فإن تراضيا به جاز ثم على الخياط الضمان وفيما يضمنه قولان **أحدهما**: يضمن ما بين قيمته مقطوعاً قباءً وقميصاً لأن قطع القميص مأذون فيه فعلى هذا إن كانت قيمته قباءً مثل قيمته قميصاً أو أكثر فلا غرم عليه وهذا اختيار ابن أبي هريرة وعلى هذا ينظر إلى قطع ما يصلح للقميص فلا يضمنه وإلى ما لا يصلح [١٩٢/ب] للقميص فيضمنه لأن المخالفة حصلت في الزيادة على قطع ما يصلح للقميص، **والثاني**: وهو اختيار أبي إسحاق يغرم ما بين قيمته ثوباً صحيحاً وما بين قيمته مقطوعاً قباء لأنه بالعدول عن القميص ضمن القطع من أصله، وإذا قلنا: القول قول الخياط يحلف لقد أمره أن يقطعه قباء ولا يلزمه اليمين على النفي.

ومن أصحابنا من قال: يحلف على النفي والإثبات فيقول: والله ما أمرني أن أقطعه قميصاً ولقد أمرني أن أقطعه قباءً فإذا حلف لا غرم عليه وهل له الأجرة؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا أجرة له قاله أبو إسحاق لأن قوله قبل في سقوط الغرم عنه لأنه منكر ولم يقبل قوله في الأجرة لأنه فيها مدعٍ فعلى هذا إن كانت الخيوط لرب الثوب لم يكن للخياط نقضها لأنها آثار مستهلكة ويصير الثوب قباءً مخيطاً لربه، وإن كانت الخيوط للخياط له استرجاعها وضمان ما نقص الثوب بأخذها إلا أن يتراضيا على دفع قيمتها، **والثاني**: وهو اختيار ابن أبي هريرة وجماعة: له الأجرة لأنه صار محكوماً بقبول قوله في الإذن وهو الأصح وعلى هذا ليس له نزع الخيوط بحالٍ لأنها تابعة للثوب وأخذ الأجرة في مقابلتها، فإذا قلنا بهذا قال أصحابنا: لا يستحق الأجر المسمى قولاً واحداً لأنه قد يحلف على مالٍ عظيمٍ أو ألف أو ألفين ولأن أجرة المثل تلزم لوجود فعله المأذون فيه بحكم المعاوضة، ولو أوجبنا المسمى لثبت بيمينه وقوله وذلك لا يجوز.

وقال في «الحاوي»: فيه وجهان **أحدهما**: يستحق المسمى لتحقيق ما حكم به من قبول قوله، **والثاني**: أجرة المثل لئلا يصير مقبول القول في العقد، وإذا قلنا: يتحالفان قد ذكرنا أنه لا أجرة له وهل يضمن ما نقص بالقطع؟ فيه قولان **أحدهما**: لا يضمن شيئاً وهو الذي نقل المزني في «الجامع الكبير» فقال: يتحالفان ويبرأ كل واحدٍ منهما بيمينه لأنه لما

حلف كل واحدٍ منهما على ما ادعاه ونفى ما ادعاه صاحبه برئ كل واحدٍ منهما بيمينه كالمتبايعين [١٩٣/أ] إذا اختلفا وتحالفا، **والثاني**: يضمن أرش النقص لأنهما إذا تحالفا ارتفع العقد وحكمنا بأن القطع كان من غير فقدٍ فيلزم الأرش كما لو تلفت السلعة في يد المشتري وتحالفا على الثمن تجب قيمتها فإذا قلنا بهذا فكيفية الأرش ما ذكرنا إذا جعلنا القول قول رب الثوب وهذا هو المنصوص في «الإملاء».

فرع

لو اختلفا عند الرد فقال الخياط: هذا ثوبك وأنكر رب الثوب وقال: ثوبي في هذا فالحكم فيه وفي سائر الأحوال سواء ويكون القول قول الأجير لأنه يدعي عليه إقباض ثوب غير هذا وهو ينكره، فإذا حلف فقد اعترف بثوبٍ لرب الثوب وهو لا يدعيه فماذا يفعل به؟ قد ذكرنا فيما تقدم.

فرع آخر

لو قال رجل للخياط: إن كان يكفيني هذا الثوب قميصاً فاقطعه فقطعه فلم يكفه كان ضامناً، ولو قال: أيكفيني هذا الثوب قميصاً؟ فقال: نعم قال: اقطعه فقطعه فلم يكفه لم يضمن، والفرق أن اللفظ الأول شرط، **والثاني**: استفهام فافترقا.

مسألة: قال: ولو اكترى دابة فحبسهَا قدرُ المسيرِ[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا اكترى دابةً ليركبها من آمل إلى الرَّي قد ذكرنا أنه تتقرر الأجرة، وهكذا لو عرضها على المكتري فامتنع من الأخذ ومضت لو أراد أن يستوفي المنفعة أمكنه تقررت الأجرة خلافاً لأبي حنيفة، وإن حبسها أكثر من ذلك يلزمه أجر المثل في مقدار ما زاد على مدة المسير أو فيما زاد عليها، فإن كان في مدة المسير لا يضمن لأن حبسها أرفق بها من السير وكدّه ومشقته، وإن كان فيما زاد عليها قال الشافعي: عليه الضمان وأراد به ضمان القيمة.

وقال بعض أصحابنا: لا ضمان عليه في الحالين لأن مدة الإجارة إذا انقضت يكون الشيء في يده على طريق الأمانة ومتى حصل الشيء في يده بإذن صاحبه على طريق الأمانة لا يلزمه حمله إلى صاحبه [١٩٣/ب] وإنما تجب مؤونة الرد على المكري ويجب على

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٤٣٩).

المكتري دفعها إليه إذا طالبه المكري كالوديعة وقول الشافعي: ضمن، أراد به إذا طالبه بالرد فلم يرد، قال في «الحاوي»: وهذا مذهب الشافعي ولا وجه لمن خرّج وجهاً آخر من الرهن لأن في الرهن يتغلب نفع المرتهن فجاز أن يجب رده، وفي الإجارة يستويان في النفع فاختص المالك بمؤونة الرد لحق الملك، وقال القاضي الطبري: هذا وإن كان له وجه فهو خلاف مذهب الشافعي الذي نص عليه ها هنا وهذا لأنه يمسكه في مدة الإجارة بإذن صاحبه فهو أمين فإذا انقضت المدة سقط الإذن ولزمه رده عليه ولزمته مؤونة الرد، فإذا لم يفعل ضمن كما لو أطارت الريح بثوب إلى داره تلزمه مؤونة الرد فإن لم يفعل يلزمه الضمان، وكذلك إذا مات وعنده وديعة لزم ورثته الرد والضمان بتركه يوجب مؤونة الرد كما نقول في المستعير وبهذا قال مالك وبالأول قال أبو حنيفة وهو الصحيح عندي، وإذا أطارت الريح ثوباً في داره يلزمه الإعلام لا الرد ولا المؤونة، وكذلك إذا مات المودع وترك الوديعة يلزم ورثته الإعلام، وذكر القفال هكذا وقال: ليس المذهب على الإطلاق الذي نقله المزني ولا بد فيه من تفصيل فنقول الحبس منقسم، فإن كان بذلك الحبس يمنعها عن صاحبها مع مطالبته إياه بردها صار ضامناً لقيمتها، فأما إذا حبسها ليردها عند المطالبة لا يضمنها ولا يلزمه ردها ولا مؤونة ردها بل عليه التخلية بينها وبين مالكها إذا جاء يطلبها وهكذا نقول في الأجرة فيما زاد على المدة إن كان ممتنعاً من الرد يلزمه أجر المثل لزيادة المدة استعملها أو لم يستعملها وإذا لم يكن ممتنعاً من الرد لا يلزمه أجر المثل إلا [١٩٤/أ] بالاستعمال لأن عليه التخلية فقط لا يكلف بالرد.

وقال صاحب «التقريب»: لو اكترى دابةً لحمل أو ركوب ليرد الدابة إلى صاحبها بالبلدة التي اكتراها منه فعليه أن يفعل ذلك، وإن لم يشترط أن يردها إلى صاحبها فإن خرج المالك معها فذاك، وإن لم يخرج فعليه ردها إلى البلد الأول.

وقال القفال: هذا عندي غلط بل لا يجب الرد، وإذا صار إلى البلد الآخر بالدابة ولم يكن المالك معه فهي كدابةٍ ضالةٍ فله رفعها إلى الحاكم فيأخذها الحاكم أو يأمره أن يودع أميناً ثم إن رأى الحاكم بيعها على الغائب فعل، وإن رأى أن يستدين على المالك فعل.

فرع آخر

لو شرط على المكتري أن يرده إليه بعد انقضاء المدة فحبسه بعد انقضائها لزمه ضمانه بلا خلاف ذكره القاضي الطبري، وقال بعض أصحابنا: إذا قلنا: لا يلزمه الرد لا يجوز اشتراطه لأنه ينافي موجب العقد، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا شرط عليه الرد إلى البلد الأول بطل العقد بهذا الشرط في القياس.

فرع آخر

لو انهدم عليها الاصطبل وتلفت بسبب الحبس ضمن سواء كان في المدة، أو بعد انقضائها.

فرع آخر

لو قال له المكري: إذا انقضت مدة الإجارة فاتركها عندك لم يلزمه ردها وإذا تلفت لا يضمن وتكون وديعة في يده، وكذلك لو لم يمكن ردها لفساد في الطريق أو لعلة مانعة وعذر بيّن حتى تلفت الدابة لا يضمن.

فرع آخر

يجوز أن يؤاجر حائطه ليضع عليه خشباً معلوماً مدةً معلومةً، وقال أبو حنيفة: لا يجوز وهذا غلط لأن هذه منفعة مقصودة مقدور على استيفائها فجاز عقد الإجارة عليها.

فرع آخر

هل يصح استئجار الفحل للضراب؟ وجهان **أحدهما**: يجوز لأنه يستباح بالإعارة، **والثاني**: لا يجوز وهو الصحيح لنهيه ﷺ [١٩٤/ب] عن ثمن عسب الفحل ولأن المقصود منه الماء الذي يخلق منه وهو محرم لا قيمة له.

فرع آخر

لو استأجر رجلاً ليعلمه بنفسه سورةً وهو لا يحسنها فيه وجهان **أحدهما**: يصح كما يصح أن يشتري سلعةً بدراهم وهو لا يملكها ثم يحصلها ويسلم، **والثاني**: لا يصح لأنه عقد على منفعةٍ معينة لا يقدر عليها، وقد قالت عائشة رضي الله عنها: سألت رسول الله ﷺ عن كسب المعلمين فقال: «إن أحق ما أُخذ عليه الأجر كتاب الله»[1].

فرع آخر

لو استأجر داراً للسكنى جاز أن يطرح فيها المتاع لأن ذلك متعارف في السكنى، ولا يجوز أن يربط فيها الدواب ولا تقصير الثياب ولا يطرح في أصول حيطانها الرماد والتراب لأن ذلك غير متعارف في السكنى، وهل يجوز أن يطرح فيها ما يتسارع إليه النار؟ فيه

---

(١) أخرجه ابن عدي في «**الكامل**» (٥/ ١٥٢).

وجهان **أحدهما**: لا يجوز لأن النار تنقب الحيطان للوصول إلى ذلك، **والثاني**: يجوز وهو الأظهر لأن ذلك متعارف في سكنى الدار فلا يمنع منه.

فرع آخر

لو استأجر دابةً ليركبها بسرج لا يجوز أن يركبها عرياً لأن ركوبه عرياً أضر، ولو اكتراها ليركبها عرياً لم يجز أن يركبها بسرج لأنه يحمل عليها أكثر ما عقد عليه، ولو اكتراها لحمل المتاع لم يجز أن يركبها لأن الراكب يقعد في موضع والمتاع يتفرق على جنبيه، ولو اكتراها للركوب لم يجز حمل المتاع بقدره لأن الراكب يعين المركوب بحركته بخلاف المتاع.

فرع آخر

لو استأجر عيناً لمنفعةٍ وشرط عليه أن لا يستوفي مثلها أو دونها ولا يستوفيها إلا بنفسه فلا يستوفيها بمن هو مثله أو دونه فيه ثلاثة أوجه **أحدها**: تبطل الإجارة لأنه شرط ما ينافي موجبها، **والثاني**: تصح الإجارة والشرط باطل لأنه شرط لا يؤثر في حق [١٩٥/أ] المؤجر فألغي وبقي العقد على مقتضاه، **والثالث**: تصح الإجارة والشرط لازم لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به.

فرع آخر

لو اختلف المتكاريان في مقدار المنفعة أو في قدر الأجرة تحالفا والحكم فيه ما ذكرنا في البيع، وإذا اختلفا في رد العين فإن قلنا: يضمن لا يقبل قوله في الرد، وإن قلنا: لا يضمن فيه وجهان كما قلنا في الوكيل بجعل، ولو ادعى هلاك العين بعد العمل وأنه يستحق الأجرة فالقول قول المستأجر لأن الأصل عدم البدل.

فرع آخر

إذا استأجر من متولي الوقف قضاء الوقف على أن يُبنى فيه فبنى بإذن المتولي فأراد أن يأمره بالرفع هل تلزم قيمة النقض في مال الوقف أو مال المتولي؟ قال الإمام أبو عبد الله الحناطي رحمه الله: يلزم في مال الوقف دون مال المتولي إذا كانت الإجارة صحيحة وكان الصلاح في إجارته كذلك، ولو كانت الإجارة فاسدة فبنى فيه بإذن المتولي يؤمر بالرفع فإذا أمر بذلك يلزم النقض في مال المتولي دون مال الوقف ويحتمل أن يقال: لا يلزمه في ذلك شيء.

فرع آخر

إذا أوصى بخدمة عبده لرجل على أن يخدمه ما دام الموصى له حياً ولا ينتقل هذا الاستحقاق إلى ورثة الموصى له بوفاته فأجره الموصى له شهراً ثم مات قبل انقضاء المدة هل تبطل الإجارة؟ وجهان **أحدهما**: لا تبطل كالمالك للعبد إذا أجره ثم مات، **والثاني**: وهو الأصح تبطل لأن المنفعة بعد وفاة الموصى له من حقها انتقالها إلى ورثة الموصي فلا يمكن جعل عقد الموصى له كعقد وارث الموصي لأنه غير قائم مقامه ولا تستفيد هذه المنفعة إرثاً من الموصى له فبطل العقد، وهذه المسألة بناء على مسألة الوقف إذا أجر من عليه الوقف ثم مات وانتقل الوقف [١٩٥/ب] إلى البطن الثاني هل تبطل الإجارة أم لا؟ وبالله التوفيق والعون والعصمة.

وجدت في الأصل المنقول من خط المصنف تمت المجلدة التاسعة بخط المصنف رحمه الله وكان قد فرغ منها يوم الخميس سلخ ذي الحجة سنة سبع وسبعين وأربعمائة وأول المجلدة العاشرة بخطه رحمه الله كتاب المزارعة فنقلها كذلك وبالله التوفيق.

فرغ من نسخه أضعف عباد الله يوم الأحد سلخ ربيع الآخر عبد الله بن أحمد بن بكر بن الحسين بن إبراهيم بن محمد بن علي الفقيه الشافعي الروياني ببلد بغداد في درب الخبازين في دريبة المدار في أيام المستنصر بالله أمير المؤمنين سنة اثنين وثلاثين وستمائة وهو يحمد الله على الآية ويصلي على النبي محمد خير خلقه وعلى آله وأصحابه ويستغفر من زللِه وخطئه وحسبنا الله ونعم الوكيل نعم المولى ونعم النصير ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. [١٩٦/أ]

محتوى الجزء التاسع من كتاب بحر المذهب

كتاب العارية

كتاب الغصب

كتاب الشفعة

كتاب القراض

كتاب المساقاة

كتاب الشرط في الرقيق

كتاب الإجارات